

STE PLEYTO QVE V. S. tienevisto entre don Rodrigo Mendez de Sotomayor, vezino y Veyntiquatro dela ciudad de Cordoua con doña Maria Cabrera, muger de don Iuan Diaz de Cabrera, tiene dos partes correspondientes a dos mayoradgos sobre que se litiga. El primero que fundo Iuan Martinez Alcayde de los Alcaçares de Cordoua, era de mil y trezientos y nouenta y siete, dela Torre de Abolafia y sus Cortijos, y otros bienes. ¶ El segundo que instituyo Doña Ynes Alfonso su nieta muger que fue de Pedro Cabrera Alguazil mayor perpetuo de Cordoua, cō facultad Real. Año de mil y quatrocientos y cinquenta y siete, delas casas principales y Cortijos que estan en el termino de Cordoua. Y aunque para el entendimiento de ambos mayoradgos, era necessario hazer muchos presupuestos en el hecho. Pero deste trabajo nos a quitado el relator con el memorial tan estendido que a dado, al qual remitido este papel, solamente en su discurso se apuntaran las cosas forçosas, y que no se pudieren escusar.

PRIMA PARS.



Or tres caminos pretende doña Maria, excluyr la pretension de Rodrigo Mendez de Sotomayor, en este mayoradgo de las Abolafias. ¶ El primero q las escripturas con que el suso dicho lo quiere prouar, no son verdaderas publicas ni authenticas, ni tales que por ellas se aya de determinar este pleyto. ¶ El segundo, que estos bienes no se contienen ni comprehenden en el dicho mayoradgo. ¶ El tercero y ultimo que por los llamamiētos

delas dichas escripturas, ella no esta excluyda de poder suceder en este mayoradgo, siendo como es hija legitima del vltimo posseedor. Las quales pretensiones para mayor distinciõ y claridad deste papel, yran diuididas en articulos, en los dos primeros procedere con mucha breuedad. Y assi solo apuntare en estos dos lo que se a ofrecido de nueuo, passando por lo que ya estuuiere escrito ligeramente, donde fuere lance de por fuerça tocar en ello, en el tercer articulo que mira a la dificultad principal de los llamamientos, é querido de proposito tomar a mi cargo la defensa del pleyto, sin atender a lo q̃ se escriuio sobre ello en el Consejo en el pleyto dela tenuta, por parecerme que se hizo estonces muy sobre peyne y con menos cuydado que lo trabaxaron los Abogados contrarios que entonces obtuuieron en el.

Primus Articulus.

CON tres defetos impugna doña Maria las escripturas presentadas por el dicho don Rodrigo. ¶ El primero que no parece el prothocolo y registro del testamento del dicho Iuan Martinez, ni tan poco el processo original del pleyto que se trato entre Frãcisco de Tamayo, y Pedro Cabrera: Veynte y quatro que fue de Cordoua, que dezian el coxo, el qual dio signado Sancho Ruyz de Quero, Secretario del Consejo, ante quien passò: y que assi por faltar estas escrituras originales no prueuan las presentadas en este pleyto que se sacarõ dellas, iuxta multorum opinionem quos refert Couarr. practicarum quæst. capit. 19. numer. 3. in prin. & Gregor. in. l. 9. titul. 13. glos. 1. part. 3. Esta primera impugnacion tiene facilissima respuesta desta manera. ¶ Lo primero, porque constando como consta de las mismas escrituras presentadas en este pleyto, auerse sacado por autoridad de justicia y ante escriuano publico que las firmo y signo, y de originales en ninguna parte viciosos hazen entera fe y credito, aunque oy no se hallen los originales de donde se sacaron, vti in specie probat Bald. in rubri. de fide instrument. numer. 20. quem sequitur Felin. in cap. cum. P. tabelio. numer. 2. eodem titul. Paul. Castrensi. in l. sempronius. numer. 2. de legat. 2. Cabalin. in additionibus ad cõsilia Antonij de Butr. consi. 11. litera. A versi. quamuis prothocolum Couarr. post alios. d. cap. 19. pract. quæst. numer. 3. Azebed. in l. 12. numer. 1. in fine tit. 25. libr. 4. recopil. La qual conclusion es mas sin duda en escrituras antiguas, cuyos originales se hallan dificultosamente por el transcurso del tiẽpo vt egreg. aduertit Gregor.

gor.in.l.9.titul.19.partic.5. ver. vn libro por registro:ibi: *Si vero instrumentum scriptum esset antiquum*.conducunt traddita a Menochi.de præsumptio.libr.2.præsumptio.80. cum alijs inferius citandis.¶ Lo segundo se responde, que el dicho testamento otorgado por Iuan Martinez fundador deste mayoradgo sacado por Mayor Martinez su muger,era de mil y trezientos y nouenta y nueue(que fue verdadero original,como se prouara en la defensa del tercero defecto deste articulo)se presento en el pleyto que se trato entre los dichos Francisco de Tamayo y Pedro Cabrera y conforme a el se sentencio y determino en contraditorio juyzio con legitimo contraditor:que estõces era el dicho Pedro Cabrera,y esto solo basta para que pare entero perjuyzio a los demas sucessores,y se tenga entre ellos por escritura cierta y verdadera,aunque no parezca ya su original y registro, vt constat ex Bald.quem specifice Gregor.sequitur in.l.114.glos.fin. ver.& nota quod si instrumentum.titul.18.partit.3.Couarrub.practicarũ quæstion.capitul.21.numer.6.cuius est ratio quia tale instrumentum remansit registratum in processu & sic(tanquam exactibus iudicialibus)debet facere plenam & perpetuam fidem,secundũ glos.fin.in.d.l.114.post Bar.in.l.chirographis.ff. de adminis.tut. Bald.in.l.fin.C.de fide instrument.Quæ conclusio est proculdubio verior in materia presenti maioratus quia sicut sententia rite lata omnibus sucessoribus(nec citatis nec vocatis)nocet ex adductis a Molina primog.libr.4.capitul.8.nume.3.ita nocent acta processus vt in.cap.interdilectos,de fide instrument.Alex.consi.135.numer fin.libr.2.Innocen.in cap.eam quæ numer.3. de testib vbi Bald.numer.2.Ancharran.numer.3.Aretin.numer.10. Deci.numer.5.& Bart.in.l.sæpe numer.12.vbi Alexand. numer.125.ff. de reiudic.¶ Lo tercero se responde,que el dicho testamento registrado y copiado en el dicho proceso,lo dio el dicho Secretario Sancho Ruyz de Quero,a Pedro Cabrera de quien ambas partes decienden,el qual no solo lo tuuo por cierto y verdadero,y cõforme a el entro en la possession destos bienes(como se aduertira en la defensa del tercer defecto)Pero lo mismo hizierõ los demas sucessores descendientes suyos, guardandolo por escriptura verdadera deste mayoradgo,ex quo solo probatur veritas instrumenti,& si eius originale deficiat prout traddit in propriis terminis notabiliter Alex.consil.104.numer.10.volum.7. ¶ Lo quarto y vltimo se responde,que el faltar el processo sacado por el dicho Secretario Sancho Ruyz de Quero,a sido por culpa y dolo de la parte contraria,y por auerlo subtraydo y encubierto,& quando

aduersarius cælat vel subtradit instrumentum sufficit: quod quo quomodo constet de tenore instrumenti ad plenam probationē vt est tex. in. l. si de possessione, & ibi Cinus & alij. C. de probationib. Abb. in capit. final. de fide instrument. num. 8. glos. fin. in. d. l. 114. tit. 18. part. 3. Molinæ in consuetud. Parisi. §. 5. numer. 52. & late Felin. in cap. sicut numer. 7. de iudic. optimus tex. in. l. 3. §. condemnatio. ff. de Tabul. exib. & in. l. 2. tit. 2. part. 6. ibi. *E si por auētura alguno delos que tuuiessen el testamēto fuesse rebelde, de manera que lo non quisiesse mostrar por mandado del juez, deue pechar a aquel o aquellos que lo demandassen todo quanto les fuesse mandado enel testamento, e demas el daño e el menoscabo que les viniesse por esta razon, porque non ge lo quiso mostrar.* Couarr lo qual no es considerable si la dicha doña Maria replicare que contra ella no esta prouado auer subtraydo la dicha escriptura, y que assi no es de consideracion esta respuesta sin embargo de q̄ algunos testigos depongan a cerca desto cōtra doña Ysabel su madre, y cōtra dō Baltasar de Cabrera su curador y suegro: cuyos hechos no le pueden perjudicar a ella: vt. probatur in. C. cū venerabilis de excess. Porque a esto se responde facilissimamente en dos maneras. ¶ Lo primero, que los dichos doña Ysabel y don Baltasar de Cabrera hazian los negocios de la dicha doña Maria, y representauan su persona, la dicha doña Ysabel como su madre y tutriz, y el dicho don Baltasar su suegro cōmo su curador ad litem cuius causa ipsa domina Maria ex eorū culpa, & fraude tenetur. l. 1. ff. quando ex fact. tuto. præsertim cū redatur ocupletior illorū dolo. l. 3. eod. titu. ¶ Lo. 2. se responde q̄ basta estar prouado auerse visto el original y estar oy perdido para que el traslado prueue, aunque despues falte el dicho original iuxta glos. doctrinam in. l. sicut iniquum. C. de fide instrument. quam ibi sequntur. DD. Bart. in. l. admonendi numer. 31. vbi Iass. in lectu. num. 84. ff. de iure iuran. & in authētica si quis in aliquo documento num. 6. cap. de edendo. Mayormente si concurre en fauor del dicho traslado alguna verisimilitud, porque estonces haze entera probança, aunque no parezca su original ex notatis a Bald. in rubric. C. de fide instrumentorum. Crauet. consil. 61. numer. 9. & consil. 158. num. 9.

El segundo defeto que la parte contraria oppone contra nuestras escrituras es, auerlas redarguydo de falsas ciuilmente, y q̄ no estando verificadas no prueuan, ex. l. 115. tit. 18. part. 3. A este defeto se responde breuissimamente. ¶ Lo primero, que siendo estas escrituras tan antiguas, no an tenido necessidad dela dicha veri

verificacion,no passando la parte cõtraria a cerca desta falsedad mas adelante de solo hazer contra ellas vna simple alegacionde falsedad.ita doctissime Bald.resoluit in authentica, quas actiones numer.18.cap.de Sacrosant.Eclef.Iass.in.l.Barbarius numer. 48.ff.de officio prætoris glos.nostra post Salicet.in.d.l.115.verbo non debet,quibus addo Afflictum post Alex. decis.251.num.fin. Boerium decis.36.numer.10 versi,& quamuis hic agatur Couar. post alios.d.cap.21.pract.quæst.numer.7.in princ. qui latissime declarat quantum temporis requiratur ad hanc antiquitatem constituendam de quo etiam,& per Auilesium.d.cap.19.prætorũ.glos.trasladen.n.3.& per Menoch.de præsumpt.lib.1.presũpt. 48.numer.26.& libr.2.presumptione.44.numer.1.cum sequent. & præsumpt.80,per totum.¶ Lo segundo,se responde que en fabor de la verificacion y comprouacion destas escripturas,assistẽ las circunstancias que quedan aduertidas en el defecto passado, videlicet,auerse sacado a pedimiento de Pedro Cabrera sucessor deste mayoradgo y de quien tienen derecho ambas partes litigantes:el qual en virtud destas escrituras y proceso, entro en la possession destos bienes,item el auerse guardado por escriptura publica y solemne dela fundacion deste mayoradgo,auerse presentado en juyzio enel pleyto de jactancia que se trato entre doña Leonor de Sotomayor muger de don Pedro de los Rios, y el dicho Rodrigo Mendez,sin auerse redarguydo de falso. Todas las quales circunstancias con la verisimilitud de que queda hecha relacion enel defecto passado:aunque de por si no prouaran juntas hazen entera fe y prueua en fauor del instrumento. iuxt. tex.& eius materiam in.l.pen.ff.de probat.cum aliis,in id adductis a Couarrub.cap.2?.pract.quæst.numer.7.versi.quibus accedit.Mayormente en cosas tan antiguas y difficiles de prouar como son estas,vti post Ioannem Andream,& alios probat in specie Auiles.in cap.19.prætor.glos.trasladen.numer.3.Rippa.in.l. admonendi sub nume.202.de iure iurand.Crauet.in tractat. de antiquit.temporum.2.part.in princ.numer.49.qui multis com prouat latissime Vicentius Carrotius in tractat.de iurament.decesiuo,quæst.15.principali,quasi per totum conducunt plurima in id ipsum adducta per Cephalum. consi.377. numer.6.&.7. lib.3.

El tercero defecto que la parte contraria opone contra estas escrituras,es que son traslados de traslados,y a vn de segũdos

traslado, y juntamente sacados sin citacion de parte interesada, y que por esta razon no hazen fe ni prueua, porque para hazerlo son necessarios, por lo menos quatro requisitos. ¶ El primero, q̃ se de el traslado citada la parte interesáte, la qual a de ser la persona contra quiẽ se produze, y a quien a de dañar el traslado. ¶ El segundo, quod exemplatio fiat ad petitionem partis habentis iustam causam exemplandi. ¶ Lo tercero, que el traslado se de por auctoridad y mandato del Iuez. ¶ El quarto y vltimo requisito es, que el traslado se saque del Prothocolo, ó original authentico vardadero y no vicioso dela tal escritura, pro vt de singulis infra sigilatim prouabitur. Para el apoyo destos quatro requisitos (alo menos delos principales dellos) y venir a hazer nuestras escrituras, tercero traslado de sus originales, considera la parte contraria a cerca dellos, quatro tiempos differentes, que por no dilatar y alargar este papel se le yran confutando y respondiendo al pie de cada vno dellos. ¶ El primer tiempo que la parte contraria cõsidera, respeto dela escritura del testamento del dicho Iuan Martinez fundador deste mayoradgo, es del que se haze relacion en la saca dela misma escritura hecha a pedimiento de Mayor Martinez muger del fundador, era de mil y trezientos y nouenta y nueue, dos años despues de muerto su marido, y de otorgado el dicho su testamento. Esta escritura que estonces se le dio sacada a la dicha Mayor Martinez, pretende la parte contraria que fue el primero traslado, considerando que la escritura que la dicha Mayor Martinez presento ante Martin Garcia Alcalde de Cordoua, para que se le diesse el dicho traslado, no era el registro y Prothocolo del escriuano, porque este no auia de estar en poder de la dicha Mayor Martinez, si no en poder del Escriuano ante quien passo. c. quoniam contra de probationibus. ibi: *ita quod originalia penes scriptores remaneant*. Bart. in. l. si quis ex argentariis. §. prætor ait. ff. de edendo. numer. 2. decis. pede. Mont. 16. numer. 4. Paris. consi. 28. numer. 24. libr. 2. pretende pues, que fue original esta escritura presentada por la dicha Mayor Martinez, y que la escritura que a ella se le dio, sacada deste original que despues se presento en el pleyto de Tamayo, fue traslado: el qual ni aun para aquel pleyto hizo fe ni prueua: porque no se saco a pedimiento de parte ligitima, ni con citacion de legitimo contraditor, quo casu nihil probat tale instrumentum etiã si sit ex tractũ ab indubitato originali teste Couarr. practicarum quæst. cap. 2. numer. 3. versi. 8. & numer. 4. vers. 3. Decia. resp. 24. nume. 25. iuncto.

num.

nu.33.versi.quin imo.libr.2.Padilla in.l.3.numer.6.C.de diuersis rescriptis, quæ cōclusio adeo vera est, quod procedit etiam si vlla persona non inueniatur quæ citari possit, quia ad huc citatio fieri debet, per pro clama secundum Decium, in.d. authent. si quis in aliquo documento numer.10. Decia.d.resp.24.numer.26. Verum tamen his omnibus non obstantibus verior est opinio nostra, instrumentum hoc vxori fundatoris traditum non excēplū sed originale esse, sequent. Y para clara demonstracion y verificacion desto, es necessario traer a la memoria que este testamento de Iuan Martinez fundador deste Mayoradgo de las Abolafias se otorgo ante Iuan Gonçalez escriuano publico de Cordoua, el qual lo dio firmado y signado a la dicha Mayor Martinez, que es el que la susodicha despues presento en veynte de Março, era de 1399. ante Martin Garcia Alcalde de la dicha ciudad, para que se capiasse y se le diesse vn tanto de la dicha escritura, por manera que ambas partes vamos llanos, que esta escritura presentada por la dicha Mayor Martinez, para que se copiasse, era por lo menos original como sacado y dado por el dicho escriuano ante quien se otorgo y passó, vt resoluit Couarr. practicarum quæst.cap.21. numer.1.versi.fit igitur. Esse pues Iuan Gonçalez, fue tambien vno de los escriuanos que autorizo y saco el que quedo en poder de la dicha Mayor Martinez, que despues se presento en el pleyto de Tamayo, como consta de la misma escritura y subscricion della, cōforme a lo qual, este segundo instrumēto q̄ assi se dio y q̄do ala dicha Mayor Martinez, a de ser de por fuerça c forme a la dicha opiniō de Couar. original y no traslado, como sacado por el mismo escriuano ante quien passo. Contra lo qual no es de consideracion si la parte contraria replicare dos cosas. ¶ La primera negar la identidad deste Iuan Gonçalez, pretendiēdo que era diferente el Iuan Gonçalez escriuano ante quien se otorgo el testamento, era de 1397. del otro Iuan Gonçalez q̄ lo autorizo, la era de.399. dos años despues. ex doctrina Bart. in.l. demonstratio falsa, numer.18. versi. solum nomen propium. ff. de cond. & demonstr. Mascard. de prouationibus conclusi.875. nume.2. versi. sed extra glosam Rimin. Iunior. consi.363. numer.63. cum sequent. lib.4. & in propia specie notarii respondit Ruin. consi.11. numer.15. volum.3. Porque a esta objection se responde y satisfaze en dos maneras. ¶ Lo primero, que la contraria opinion (videlicet) que no se presume pluralidad de personas, sino identidad etiam in solo nomine propio est magis communis, & verior vt constat ex

eodem

eodem Bart.in l.si rem.ff.de reiuend.& in.l.si quis seruum.§.si inter duos delegat,2.& tradit late Iasso in.l.2.nume.7.& sequent. C.de bono.possessione,secundum tabu.Crauet.consi.267.num.1.&.2.versi.tertio respondeo.& consi.269.numer.3. Menoch. de arbitra.libr.2.cent 1.casu.93.numer.3.Gregor.in.l.7.titul.17.partit.6.versi.ouiesse yerro,Marcus Mant.singu.64.vbi late eius additiona.Franc.Begius.consi.9.per totum.¶ Lo.2.se responde que la opinion passada es mas sin duda.quod pluralitas personarum non presumitur sed identitas,quando no estamos en solo el nóbre propio del escriuano,como enel caso en que aconsejo Ruino d.consi.11.num.15.libr.3.relatus a Menoch.de præsumpt. libr. 6. præsump.15.numer. 42.veluti si simpliciter in subscript. dixisset ego Albertinus rogatus fui.&c.Pero si estuuiesse tambien añadido el sobre nombre como lo esta en nuestro caso,enel qual no dixo el escriuano en la subscripcion,yo Iuan lo fize y signe.&c.sino yo Iuan Gonçalez escriuano publico de Cordoua,isto casu verior(inquam)est conclusio præcedens pluralitatem non præsumi sed identitatem ex Bald.in.l.neq; natalis.C.de proba. quem sequitur Mand.Albensis.consi.73.num.12.Viacen.Anibal.in additio,ad eundem Alben.consi.402.numer.5.litera.A. vbi in numeros refert,Nata consi.97.numer.5.en el consi.235. numer. 4. Cardina.Aluan.in lucubra al Bar.in.l.demonstratio. numer. 2. ff.de conditio.& demonstra.Panciro.consi.141.num.8.Menoch. pluribus citatis,d.lib.6.præsumpt.15.numer.44.& sequitur. A esta opinion ayudan dos cosas muy verisimiles, que la costumbre y vso tienen introduzidas,particularmente en España.¶ La primera que quando ay dos personas en vn lugar de vn nombre proprio siempre se les añade al vno y al otro diferẽte sobre nombre,o calidad demonstratiua dela diferencia que entre ellos ay, particularmente si son de vn mismo officio como la experiencia nos muestra a cada passo. ¶ La segũda es, que ante el mismo Iuã Gonçalez,ante quien passo el testamento:passo tambien la particion delos bienes del dicho Iuan Martinez,como consta de la dicha particion que se hizo por Nouiembre, era de. 1400. vn año despues que se saco la dicha escritura.Por manera,que a la sazon que se saco era viuo el dicho Iuan Gonçalez con que se excluye la consideracion que la parte contraria representa, de que pudo estar muerto el año antes de.399.quando la dicha escritura se entrego a Mayor Martinez,y el vso y estilo comun nos muestra q̃ siempre las particiones delos bienes delos difunctos se hazen an

te

te los eſcriuanos en cuyos regiſtros paſſan ſus teſtamentos, aſsi q̃ no ſe puede dudar de que vuieſſe ſido vn miſmo Iuan Gonçalez el eſcriuano ante quien paſſo el teſtamento, y el que lo dio deſpues a la dicha Mayor Martinez. ❡ La ſegunda objeccion que la parte contraria haze contra la reſpueſta deſte primer tiempo, es que aunq̃ fueſſe verdadera nueſtra pretencion a cerca dela identidad deſte Iuan Gonçalez, que toda via corre ſu opinion con llaneza de que la eſcritura que dio, ſacada a la dicha Mayor Martinez, fue verdadero traslado, preſupueſto que la matriz y original, no ſolamente paſſo y ſe otorgo ante el dicho Iuan Gonçalez ſi no ante otros dos eſcriuanos, como conſta dela ſubſcripſion della. Conforme a lo qual, no pudo deſpues darla ſolo el dicho Iuã Gonçalez, alomenos en fuerça de original, porq̃ la dicha ſaca fue traslado, no auiendoſe copiado y dado por todos tres eſcriuanos ante quien ſe otorgo, vt notat Bart. in. l. ſi quis ex argentariis. §. cogentur ad finem verſi. *& ſi ſint plures*. ff. de edendo, & eſt in ſpecie notabilis. Boer. q. deciſs. 21. per totam. Eſta objeccion es mas facil de deshazer que la paſſada, porque bien conſiderado, el otorgamiento dela dicha eſcritura y ſubſcripcion della, ſe hallara, q̃ aunque aſsiſtieron como teſtigos otros dos eſcriuanos al otorgamiento del dicho teſtamento, pero ante ſolo el dicho Iuan Gonçalez ſe otorgo como tal eſcriuano, y el ſolo la hizo y ſigno como conſta de las palabras dela dicha ſubſcripcion, que ſon a la letra las ſiguientes. *Y yo Iuan Gonçalez eſcriuano publico de Cordoua, ſo teſtigo, y la fiz y fize aqui mio ſigno.* Y aſsi aunque deſpues ſe hallaron otros dos eſcriuanos con el dicho Iuan Gonçalez en autorizar la eſcritura que ſe le dio, ſacada a la dicha Mayor Martinez, pero eſto no altero la validacion de la dicha eſcriptura, ni le quito la autoridad de original como lo fuera, ſi el dicho Iuan Gonçalez la ſacara, quia abundans cautela nocere nõ ſolet. l. teſtamentum. C. de teſtamentis cum ſimilibus.

❧ El ſegundo tiempo que la dicha doña Maria conſidera para hazer tercero traslado las eſcrituras preſentadas por el dicho Rodrigo Mẽdez, es en eſta manera, la eſcritura q̃ ſe le dio ſacada a Mayor Martinez del teſtamento de ſu marido (que conforme a la pretencion dela parte contraria, fue primer traslado del dicho teſtamento) a preſento Franciſco de Tamayo en el pleyto que trato con Pedro Cabrera, y ſentenciado aquel pleyto en virtud del dicho teſtamento, y conforme a el, dio Sancho Ruyz de

Quero Secretario del Consejo, ante quien el dicho pleyto auia
passado vn traslado de todo el processo al dicho Pedro Cabrera,
enel qual fue inserto el dicho testamẽto: este pretende doña Ma-
ria que fue segũdo traslado, y que aunque el proceso sacado por
el dicho Secretario, se presentara oy por el dicho Rodrigo Men
dez de Sotomayor, no hiziera fee ni prueua esta escriptura, por
ser traslado de traslado: quo in casu etiam si traductum sit a so-
lemnisimo exemplo nullam fidem facit, vt notant Albericus
Paulus, & Socinus in.l.sancimus.C.de diuersis rescriptis Padilla
in.l.3.num.17.C.de diuersis rescript.Decia.respon.24.num. 38. a
quibus alii citantur: Para satisfazer a este tiempo es necessario
presuponer que de la misma suerte que las escripturas sacadas
por el escriuano ante quien se otorgaron, se llamaron originales
quedãdo ante el tal escriuano el prothocolo y matriz dellas, assi
tambien el processo y autos hechos ante vn escriuano, se juzgan
en el a manera de prothocolo y registro: y el traslado que el tal
escriuano da sacado deste processo (auiendo como digo passado
ante el) no es verdaderamente traslado sino original como An-
gelo y Alexandro resueluen in.d.authentica si quis in aliquo do
cumento.C.de edendo Iacobin.in.l.2.ff.de fide instrument.Ro-
man.consi.203.Cardinal.consi.72.col.3.et si in tali processu inse-
rantur instrumenta in eo producta, quia postquam fuerunt co-
piata in actis, & ab aduersario de falsitate nõ notata reputantur
vti partes talis processus & plenam fidem faciunt secundũ Bart.
Bald. & alios Greg. Lupecio citatos ind.l.114.glos.fin.versi. & no
ta quod si instrumentum tit.18.part.3.quæ conclusio indubita-
bilios est quando demandato Principis seu eius supremi senatus
hoc transuntum processus datur part' secundũ idem Gre.in prin
cip. Esto presupuesto resulta, que el processo q̃ el dicho Sancho
Ruyz de Quero, dio por mandado del Consejo al dicho Pedro
Cabrera, auiendo los autos del passado ante el dicho Secretario,
fue verdadero original, mayormente auiendose determinado a-
quel pleyto por sentencia de Revista por virtud de aquellos au-
tos y escrituras, y no estàr redarguydas de falso, antes como pu-
blicas y authenticas, mandadas guardar como parece por las sen
tencias del dicho processo y executoria dellas presentada en este
pleyto. Y es cosa sin fundamento pretender la parte contraria q̃
para la saca deste processo que se dio a Pedro Cabrera, no vuo ci-
tacion de parte ligitima, porque el verdadero interesado era el
mismo Pedro Cabrera, en cuyo perjuyzio se auia fulminado y
de-

determinado aquel pleyto, y si el hallarse presente, o ser citado haze entero perjuyzio quando a pedimiento del contrario se saca alguna escritura, cap. Charte. 3. quæst. 9. cum aliis statim referendis mucho mayor perjuyzio haze el propio hecho del interesado, hoc est, el auerse sacado a su pedimiento, y auer vsado de la tal escritura y entrado en la possession destos bienes en virtud della, como luego se aduertira, quin imo, aunque este processo sacado por el dicho Secretario fuera verdaderamente traslado presupuesto, que se saco por autoridad de justicia, como lo fue el mãdato del Consejo, y cõ las demas solemnidades necessarias para su validacion, es cosa sin duda, que si oy estuuiera presentado en este pleyto, hiziera entera fe y prueua, secundum glos. in. l. Chirographis. ff. de administratione tutorũ, & in authen. si quis in aliquo documento. C. de edendo quæ sunt communiter receptæ secundum Alex. ibidem. numer. 12. Iass. numer. 2. Deci. nu. 9. Purpu. numer. 15. Deci. consi. 36. numer. 2. & tradunt omnes in l. nostra. C. de testamentis & in. cap. quoniam de probationibus. Pues aunque no este presentado si no su traslado a de hazer tãta fe y tan grande probança como lo hiziera el original authentico de donde se saco, respeto de auerlo la parte cõtraria encubierto y escondido, o no lo queriendo presentar, teniendo obligaciõ precisa a ello por ser escritura comun, ita post Bald. probat Gregor. in. d. l. 114. glos. fin. versic. nota etiam quod datur fides exemplo tit. 18. partit. 3.

El tercero y quarto tiempo es, que la parte contraria considera contra estas escripturas, que ambos tienen vna misma defensa. Son el tercero por Octubre, del año de. 564. en el qual auiendo muerto don Diego Cabrera sin hijos y sucedido en estos bienes Don Alonso Cabrera su hermano padre de la dicha Doña Maria, parecio el dicho Rodrigo Mẽdez, y dõ Pedro de los Rios ante vn Alcalde ordinario de Cordoua, y exibieron el dicho processo sacado por el dicho Secretario Sancho Ruyz de Quero, en el qual estaua inserto el testamento del dicho Iuan Martinez, y pidio vn traslado del, y otro el dicho don Pedro de los Rios como marido y conjunta persona de doña Leonor de Sotomayor hermana del dicho don Alonso, y el Alcalde mando a Gonçalo Fernãdez escriuano publico del numero de Cordoua, que les diesse a cada vno dellos vn traslado, y se le dio al dicho don Pedro de los Rios traslado de todo el processo que auia dado el dicho

San-

Sancho Ruyz de Quero Secretario y al dicho Rodrigo Mendez de Sotomayor, solo el traslado del Testamento del dicho Iuan Martinez fundador, y este es el que presento Rodrigo Mendez enel pleyto de jactancia y tenuta. El quarto y vltimo tiempo, es por Nouiembre del dicho año de. 64. en el qual parecio ante la dicha justicia de Cordoua el dicho Don Alonso Cabrera; padre dela dicha doña Maria Cabrera, y pidio que pues le estauan entregados los demas titulos de sus mayoradgos, se le entregasse vn libro original perteneciente tambien al dicho mayoradgo, en el qual libro estaua el processo sacado por el dicho Secretario Sancho Ruyz de Quero, y los dichos Rodrigo Mendez y dō Pedro de los Rios lo consintieron, entregādoseles a cada vno dellos vn traslado de todo el dicho pleyto que estaua enel dicho libro. El juez lo mando assi: y se sacaron saltin, el vno dellos que se dio al dicho don Pedro delos Rios, que es el que esta presentado en este pleyto: estos dos traslados: vno del testamento de Iuan Martinez que se dio a los dichos Rodrigo Mendez y dō Pedro de los Rios por Octubre de. 64. y el traslado del proceso que se les dio por Nouiembre del dicho año, que son los dos tiempos vltimos que quedan referidos, pretende doña Maria Cabrera que son terceros traslados; y que se sacaron sin citacion de parte legitima, y que assi no hazen fe ni prueua. Verum tamen eius instituto minime refraganti, la verdad es, que este fue primero traslado por lo que queda apuntado en el segundo tiempo, y quando fuera segundo, tambien prouara plenamente por la razon que se prouó en el primer tiempo, videlicet, auer subtraydo la parte cōtraria el original ó traslado authentico: cuius causa plenissime tale exemplum (etiam secundum) probat aduersus partem aduersam illud ocultantē, seu producere nollentem, quinimo, conforme a la opinion de Bartulo in. d. authentica si quis in aliquo documento col. 2. tale secundum exemplum sumptum ex alio exēplo solemniter exemplato fidem facit, Bartulū sequuntur Cardinalis & Felinus in cap. Albericus de testibus Curtius Iunior post alios in. d. authent. si quis in aliquo documento num. 41. Y aunque la contraria opinion se diga mas comun ex relatione. D. Couarr. vbi supra. numer. 4. Nihilominus tamen Molinæ, in consuetud. Paris. prim. part. 1. §. 5. num. 35. Quem refert & sequitur Couar. in. d. numer. 4. saluat opinionem Bart. vt procedat inter eos qui vocati fuerunt ad eam traductionem & exemplationem, & eius hæredes, & inter tales hæredes poterit primum illud exemplum

autho

authoritate iudicis exemplari. Esta dotrina se aplica muy al proposito de nuestro caso: porque el primer traslado del processo q̃ se dio al dicho Pedro Cabrera, fue solemne y por mandado del Consejo, y no solamente con citacion suya, que era estõces el verdadero interesado, pero se saco a su mismo pedimiento: y lo que mas es, que en virtud deste traslado entro la possession deste mayoradgo enel dicho Pedro Cabrera, por que lo presento en dos de Iulio del año de. 1488. por cuyo titulo presume el derecho q̃ an posseydo todos los demas decendientes suyos y sucessores deste mayoradgo, iuxta text. in. l. quedam mulier. ff. de reiuend. & in. l. 2. C. de adquirend. possess. cum aliis latissime recollectis a Menochio de præsumpt. libr. 6. præsumpt. 67. per totum, cuius est ratio quia causa possessionis primeua nõ presumitur mutata nisi euidentissime probatur vti loquendo in specie nostra resoluit idem Menoch. d. libr. 6. præsumptio. 63. num. 17 cum sequent. pręserti m numer. 20. Quinimo, aunque la parte contraria quisiera impugnar este titulo, no pudiera por tener comõ tiene causa del mismo Pedro Cabrera y ser descendiente suyo, y auer entrado en la dicha su linea por este titulo. l. cum a matre. C. de reiuendicat. l. si seruus plurium. §. 1. de leg. 1. y a de passar por ella dela misma suerte que el dicho Pedro Cabrera su antecessor. l. Pomponi. §. cum quis. ff. de adquirend possess. optime Anch. consi. 339. n. 5. 11. & 12. singulariter Ripa resp. 1 sub titul. de legibus numer. 72. & sequit. item respeto de segundo traslado que se dio de este processo al dicho don Pedro delos Rios que esta presentado en este pleyto, es mas llana su solemnidad, porque se dio por mandamiẽto de Iuez, y con expresso consentimiento del dicho don Alonso, y en su presencia quo casu exemplum semper probat, pro vt Couarr. resoluit practicarum quæst. cap. 21. numer. 5. versic. poterit tamen exemplatio. Maranta de ordine iudiciorum. 6. part. numer. 4. & vltra eos Abb. in cap. quoniam contra. numer. 36. vbi Deci. numer. 51. de probat. idem Abb. in cap. Alber. numer. 7. & ibi Felin. numer. 6. de testibus. Mayormente, que como dizen algunos testigos, el dicho traslado se saco en casa del dicho don Alonso por no fiar los originales de nadie, y por muchas peticiones cõsintio que se diessen traslados delas dichas escrituras, alos dichos Don Pedro delos Rios y Rodrigo Mendez, quod habuit vim citationis secundum Bart. in. l. 1. ff. de in ius uocando Felin. in. cap. fin. numer. 11. de fide instrument. que esto solo bastaua, aunque no vuiera mandamiento de Iuez, secundum eundem Felin. post

alios in.d.cap.fin.num.4. Tanden presupuestas tantas circunstãcias de verisimilitud (como estas escripturas tienen) no ay para que gastar mas tiempo en apoyar su solemnidad y certeza, pues en Senado y tribunal tan supremo como es este, siempre se atiende mas a la verdad que ala escrupulosa solemnidad de semejãtes escrituras.

Secundus Articulus.

LA Segunda objeccion que la parte contraria oppone contra nuestra pretension, es tan fuera y agena de toda razon y fundamento, que justissimamente se pudiera omitir su satisfacion, pero porque no quede nada sin escrupulo breuissimamente se tratara della.

Dize pues doña Maria Cabrera, que quando el testamento de Iuan Martinez fuera cierto y solemne, q̃. en el vinculo y mayoradgo instituydo en el (sobre q̃ se litiga) no cupierõ estos cortijos y bienes expressados en el: porque auiendo sido la mejora del tercio y quinto, no pudo valer el mayoradgo en mas de lo q̃ valiessen las dichas quotas, ex.l.3.titul.6.lib.5.recop. Y que esto es incierto y auia de estar verificado por nuestra parte lo que cupo en el dicho tercio y quinto vti Suarez aduertit in.l.quoniam in prioribus in declaratione ad legem Regni.7.quæst.numer.11. & conducunt tradita a Mascard.de probat.volu.1.conclusi.205. per totam.

Esta objeccion señor, se deshaze facilissimamente en muchas maneras. Lo primero, porque bien considerada la opinion de Suarez, es derechamente en nuestro fabor. Y para su entendimiento es necessario distinguir dos modos ò maneras en que los testadores suelen disponer en semejantes mejoras. La primera es, quando hazen la substancia dela dispusicion en las quotas, y la asignacion en los bienes (verbi gracia) mejoro a mi hijo en el tercio y quinto de mis bienes, el qual quiero que lo aya en tal cortijo y en tal casa. En este caso verdad dize Suarez en el dicho numer.11. que esta incierto el valor desta mejora, y que es necessario liquidarse, si los bienes asignados valen mas o menos, porque como la disposicion se hizo en el tercio y quinto, si los bie-

nes

nes asigna los valieren mas solamente aura enellos el mejorado el valor del dicho tercio y quinto, y si valieren menos se le ade su p ir y pagar todo el resto del dicho tercio y quinto en otros bienes del testador, porque la asignacion no es de sustancia del legado ni restringe la disposicion, sino solamente muestra en quales y que bienes se pagara major: vt eleganter declarat Tellus vidєndus in.l.17.Tauri.nume.122.iuncto.nume.127. Pero si el testador troco las manos, y no hizo la disposicion enel tercio y quinto, sino en los mismos bienes y la asignacion en las quotas, verbigracia) mādo a mi hijo tal casa y tal heredad, todo esto en razon del tercio y quinto de mis bienes, estōces trae la mejora presumpcion de derecho en su fauor que los bienes no exceden del dicho tercio y quinto, y puede el legatario sin esperar liquidacion, ni particion, pedir que se le entrieguen, ó entrarse en ellos, vt idem Suarez optime aduertit ibidem numer.17. La qual opinion es sin duda, quando el heredero que lo cōtradize no se funda en inuentario hecho delos bienes del testador, ni lo presenta pro vt post Couarr. & Baeçam traddit Gutierrez de iuram. confir.1.part.capit.1.num.27. Esto presupuesto, esta llana la repuesta desta primera objeccion, videlicet, que en nuestro caso (como consta dela clausula del dicho testamento) la disposicion de la mejora no se hizo en el tercio y quinto, sino en los cortijos y casas, vt constat ibi. *E mando a Martin Fernandez mi hijo, la mi casa de Abolafia con la torre y cō los palacios, &c.* & infra, *y todo esto le mādo en razon del tercio y quinto*. Y asi la mejora desde su principio fue cierta, y quien pretendiere que los bienes no cupieron en el tercio y quinto lo à de prouar, no fondandose en inuentario hecho delos bienes del testador, vt supr. probatum est. ¶ Lo segundo se responde, que esta excepcion y todas las demas que la parte contraria opone en esta conformidad se deduxeron y tratarō en el pleyto de Tamayo con Pedro Cabrera, auiēdo opuesto dellas el dicho Pedro Cabrera, que era la persona interessada, y sin embargo por sentencia de Reuista, se dieron por inclusos y vinculados todos estos bienes en la dicha mejora, y quedo executoriado, y asi no ay que hazer ya caso de ninguna destas excepciones. C. mulieri vbi. DD. de iure iurādo. Molina in proposito pluribus citatis lib.4.capit.8.numer.3. & est decisio interminis Andreæ de Iserni.cap.1.§. præterea ducatum de prohibita feudi alienatione per Federic. Quinimo, aunque no vuiera mas de la possession tan antigua de auerse sucedido en estos bienes por el di-

cho

cho titulo de Mayoradgo bastara para interpretar que cupierō en el dicho tercio y quinto, vt probatur in cap. cum dilectos de consuetudine Franc. post cæteros ibi, in cap. 1. §. cæterum num. 4 de verborum signifi. libr. 6. Capicius. decis. 189. num. 10. Hieron. Grab. consi. 79. quasi per totum Socin. Iunior. consi. 68. nume. 11. lib. 1. optime Matheu. de afflictis decis. 23. vbi latius Vrsil. & de iure nostro idem probatur in. l. 12. tit. 1. par. 2. & in. l. 16. titul. 1. lib. 4. recop. & in. l. 1. tit. 10. libr. 5. Greg. in. l. 3. titul. 25. verbo algunas posturas. par. 4. Tandem quod decem anni sufficiant ad interpretationem & declarationem scripturæ, & intelligendum quid in ea comprehensum sit, probat Castren. consi. 347. numer. 14. & 15 libr. 1. quem Molina sequitur lib. 2. primoge. capitul. 6. num. 58. Y esta interpretacion delos bienes que se comprehendieron en la dicha scriptura, es mas fuerte por no auer impugnado este mayoradgo, por este derecho los primeros sucessores, que estuuierō tan cerca del testador, y dela diuision y particion de sus bienes, antes por la dicha particion, parece que como cosa notoria que estos bienes cabian en el dicho tercio y quinto: no se diuidieron ni partieron entre los herederos del dicho fundador: pues parece por la dicha particion, que quando se hizo ya los tenia y posseya el dicho Martin Fernandez, ex quibus maxima huius nostræ interpretationis coniectura capitur argumento tex. in. l. si quis a filio. §. 1. de lega. 1. & eorum, quæ traddit Bart. in. l. gerit numer. 3. ff. de acq. hæredit.

Tertius Articulus.

POr que toda la fuerça deste articulo consiste en la interpretacion y verdadero conoscimiento de la voluntad del dicho Iuan Martinez fundador deste primero Mayoradgo, es necessario presuponer la Clausula de su testamento en que lo fundo, que es a la letra la siguiente.

Clau-

CLAVSVLA.

E Mando a Martin Fernandez mi hijo, la mi casa de Abolasia, con la torre y con los palacios, y cõ toda la heredad que yo he, e tã bien dela heredad de Alçapierna como dela de Abolasia, con toda la otra heredad que yo compre en esse termino, media legua en derredor, y que aya todo lo que yo he en Abolasia y en Alçapierna, fuera ende los panes e los ganados, e las otras cosas que no pertenecen ser heredad, saluo ende las armas e la madera que lo aya con la heredad. Y otro si le mãdo mas las casas do yo agora moro que son en la dicha collacion de san Andres, y mandole mas doze yuntas de bueyes delas que yo tengo en la dicha casa, y otro si le mando mas dozientos cahizes de pan, y todo esto le mando en razon del tercio y quinto de mis bienes, y mandoselo con tal condicion, que lo no pueda vender, ni empeñar, ni enagenar, ni trocar, ni dar, ni cambiar, saluo que lo aya en toda su vida: e despues de su vida mando que lo aya su hijo varon legitimo si lo ouiere, e si por ventura non ouiere hijo varon legitimo, maguer aya hija, mando que lo aya Alfon mi hijo en su vida, e despues de su vida mandoque lo aya su hijo varon legitimo si lo ouiere, e si hijo varon legitimo no ouiere, mando que lo aya hijo varon si yo tuuiere en Mayor Martinez mi muger, con esta condicion que lo non pueda vender, ni dar, ni empeñar, ni trocar, ni cambiar, ni hazer dello otra barata: saluo ende que lo aya despues de su vida hijo varon legitimo si lo ouiere e si por ventura hijo varon legitimo no ouiere, mã lo que lo aya Eluira mi hija, e si esta Eluira no dexare hijo varon legitimo heredero, mando que lo aya Teresa mi hija, e si por ventura Teresa no dexare hijo varõ legitimo heredero: mando que lo aya Guisabel mi hija, e si esta Guisabel no dexare hijo varon legitimo heredero, mando que lo aya Ynes mi hija, e si esta Ynes mi hija no dexare hijo varon legitimo: mãdo que lo aya el mayor de mi linage: y qual quier que lo heredare delos que dichos son, mando que lo aya con la condicion que yo mãdo que lo aya el dicho Martin Fernandez mi hijo porque vaya assi de linea en linea, porque quede para siẽpre en mi linage.

Presupuesta esta cláusula, y considerados los ocho llamamientos que en ella hizo el fundador los siete primeros particulares de sus tres hijos y quatro hijas, y delos descendientes varones dellos y dellas, y el octauo general del mayor del linage, la dificultad consiste en resoluer: si auiendo entrado este mayorad go en la linea de Pedro Cabrera, de quien ambas partes descien-

 den

de;dela qual linea es varõ de varõ el dicho Rodrigo Mẽdez, si porserlo excluyra a la dicha doña Maria, sin embargo de ser hija del dicho don Alonso Cabrera vltimo y legitimo posseedor deste mayoradgo, y la parte contraria pretende, que el dicho Rodrigo Mendez no le puede excluyr dela dicha sucessiõ, y q̃ ella es oy la verdadera y legitima sucessora deste mayoradgo, por los medios y apuntamientos siguientes.

Lo primero, porque la dicha Doña Maria no sucede por ninguno de los ocho llamamientos que el fundador hizo en la dicha clausula, ni el dicho Pedro Cabrera su rebisabuelo, entro en esta sucession por alguno dellos, ni por volũtad del dicho fundador, sino por llamamiento y supleciõ dela ley, y que cõforme a esto la sucession no a de regirse por la calidad de masculinidad que el testador puso en los sucessores que llamo, sino por las que el derecho tiene dispuestas, generalmente en materia de mayoradgos, que es suceder indistintamẽte, varones y hembras, sin tener prelacion el varon, saluo estando en ygual grado con la hembra en la linea que sucede. El qual fundamento pretendera prouar desta manera el fundador: como parece delos tres llamamiẽtos primeros de sus hijos, excluyo expressamente de la sucession deste mayoradgo a las hijas dellos, y a todos los decendientes varones y hembras dellas, vna delas quales fue doña Ynes de Abolasia madre del dicho Pedro Cabrera, de quien ambas partes decienden, y quedando excluso por este camino el dicho Pedro Cabrera; perpetuamente se reputa por tal, por tener contra si volũtad expressa del fundador, vt videtur casus, in cap. 1. §. quim etiã in tit. episcop. & Abbas. vbi id notarunt. Bald. Isern. Aluaro. Prepo. & Afflict. Curt. Iunior de feud. 3. part. quæst. 27. Castr. consil. 159. numer. 30. libr. 2. Paris. consi. 22. numer. 15. lib. 1. Deci. consil. 364. numer. 3. & 4. Socin. Senior. consi. 63. numer. 6. libr. 3. Soci. Iuni. consi. 110. & 114. vol. 2. Ruin. consi. 16. numer. 10. lib. 1. cũ innumeris aliis relatis a Peregrino de fideicom. articulo. 27. num. 16. & sequent. Auiendo pues quedado el dicho Pedro Cabrera perpetuamente excluso desta sucession, considerada la volũtad del fundador, el auer entrado despues en ella, dira la parte cõtraria que fue por solo ministerio de la ley, que en esta materia de mayoradgos proueyo por conseruar la perpetuydad dellos, que sucediessen acabados los especialmente llamados por el instituydor, qualesquier qne se hallassen de su familia, aunque fuessende los

en los mayorazgos ... faltan los llamados y quiere que sucedan ... siempre aunque sean excluidos ... Horcones ... de los familia ... [illegible]

los que generalmente quedauan exclusos, y sin los dichos llamamientos iuxta tex. in. §. & hæc, & in. §. si vero ablatam in authentico de hæredi, & falci: ibi: *completens deficientium ligitimas dispositiones, ad tantas respeximus sucesiones vt non remaneat sine aditione morientis hæreditas*: et ibi: *sed ex prouidentia, & secundum legem, vt finitis primum omnibus secundum testamenta personis, ad eam quæ abintestato est vocationem ad alios veniremus*, & in. l. 1. §. non solum el. 1. ff. de legatorum nomine caueatur, ibi, *quamuis isti non ex inditio difuncti, sed sucesionis necessitate, quasi ad es alienum admitantur*. Similles quipe sucessores reputantur irregulares, & anemali secũdum Bald. in. d. cap. 1. §. quim etiam numer. 3. in titu. episcop. vel Abb. in vsibus fæudorum. 2. Y asi no suceden, ex testamento ni ab intestato, sed iure sucessorio sanguinis ex eodem Bald. in. cap. 1. num. 5. de sucesione fæudi, quẽ sequuntur Alex. con. 188. n. 2. lib 6. & alii citati a Molineo consi. 50. numer. 46. ex quo fit, que entrando semejantes sucessores, no por voluntad del testador, sino por ministerio de la ley de naturaleza, ex. l. fin. ff. quorum bonorum, pretende (como digo) la parte contraria que se a de regular la sucesion dellos por las reglas del derecho comun, que son las que tiene dadas en las sucesiones ab intestato. l. cum ita. §. in fide commisso de lega. 2. Socin. in. l. si cognatos, nume. 40. de rebus dubijs. Y no por la que el testador puso en su clausula, porque como el mismo Bald. dize in cap. 1. §. mulier, si de feudo fuerit controuersia, & in. cap. 1. in prin. num. 6. ibi: *sed ipse sanguis qui perpetuus est*, de feud. Mardi. ista succesio est de iure sanguinis, & sic defertur iure inseparabili ipsius naturæ, ex eod. Bald. in. cap. 1. §. hoc quoq; numer. 4. ver. præterea filius de sucess. feu. cuius causa non attenditur in sucesione alia qualitas quam ipsius sanguinis secundum afflictis lib. 3. constitu. rubri. 24. numer. 7. Anchar. consi. 171. in princ. siendo pues como oy son los litigantes, descendiẽtes de personas exclusas, y por la misma razon tambien ellos, y sucediẽdo por beneficio de la ley y no por llamamiento del fundador, parece que an de ser admitidos ygualmente y sin distincion de sexos, prefiriendose siempre la hembra de la linea del vltimo posseedor, al varon mas remoto y de otra linea por no hallarse lo cõtrario dispuesto por el fundador.

Lo segundo, dira la parte contraria que quãdo en lã linea del dicho Pedro Cabrera, entrara la sucesion deste mayoradgo por voluntad y llamamiento del fundador, necessariamente se

a de

a de confessar que fue por el octauo y vltimo del mayor del linage, en el qual llamamiento, no requirio ni pidio el fundador calidad de masculinidad y de varonia, como lo hizo en los tres primeros de sus proprios hijos, y en los descendientes delas quatro hijas, præsupuesto que la palabra (mayor) es colectiua de entrambos sexos. Y lo mismo la palabra (linage) de cuya naturaleza es indistintamente comprehender, varones y hembras. l.2. titul.15. part.2. late Peregri. de fideicomis. articulo.22. numer.28. Molin. de primog. lib.3. cap.4. numer.10. Deci. in. capit. nouit. numer.3. ver.6. nota de iudicijs Aluara. de coniect. mente. lib.2. cap.3. §. 4. numer.10. cum sequent. no auiendo pues repetido el testador en este llamamiento la calidad de masculinidad q̃ puso en los precedientes, en ninguna manera fue visto querer que precisamente la tuuiessen los que vuiessen de suceder en virtud del, y asi pretende la parte cõtraria que fue caso omitido, y que como tal se a de gouernar y regir por la disposicion de derecho comun. l. commodissime. ff. de libe. & postu. vbi Iass. numer. 2. Roland. in terminis consi.56. num.8. lib.3.

Lo tercero, pretende la parte contraria, que en este octauo llamamiento tan poco vuo repeticion de masculinidad, aun que faltaran las palabras collectiuas (de mayor y de linage) respeto de ser como es este llamamiento distinto y separado de todos los demas precedientes, a donde el testador particularmente quiso y expresso, que sucediessen varones, porque nunca repeticion de masculinidad, se induze delos llamamientos precedientes al siguiente, si expressamente el testador no lo dize y declara vt post Anani. & alios declarat, Socin. Iunior. consi.29. nume.11. &.12. lib.1. vbi respondens ad l. qui filiabus de leg. 1. dicit quod si qua in parte dispositionis, aliqua qualitas exprimitur, quæ de in de in alijs partibus non sit expressa, dicendum est disponentem nolluisse eam exprimere, quia si voluisset id expressisset. l. vnica §. sin autem dificientis. C. de caducis tollendis eandem cõclusionem probat idem Socin. consi.128. num.97. volu.1. Cephal. cõsil. 134. num.41. lib.1. Molin. lib.3. cap.5. num.56. versi. sed quamuis Burgos de Paz in proemio legum Tauri. num.128. cum in numeris citatis, a Peregr. de fideicom. articulo.25. num.28. cum sequẽtib. Menoch. consi.585. num.14, lib.6. Alex. Trentacin. de substitutione. 4. part. cap.7. num.11. Ciofius pluribus etiam citatis consil.35. num.16. &.18. Quorum. DD. ea est huius conclusionis potissi

tissima ratio, quia qualitas vni adiecta censetur alteri denegata, vt in specie traddit Siluan.consi.64.num.18.lib.2. & innumeri alij ab eodem Ciosio citati.d.consi.35.num.17. & a Trentacin. de substitutionibus.d.4.part.cap.7.numer.11.versi.huic rationi. Quæ conclusio indubitatior videtur in casu præsenti rationibus sequent. ¶ La primera por estar como estamos, en llamamiẽtos puestos en diuersas oraciones regidos de diferentes verbos, quo casu verior est penes plures opinio, repetitionem qualitatis denegans, iusta relatos a Molin.lib.3.capit.5.numer.59.quibus addo Zuchard.latæ probantem in.l.fin.nu.69.C.ded. diui Adriani.Tollend.Ruin.consi.93.num.13.lib.2.Cephal.consi.69. num. 17.lib.1.Siluan.consi.64.numer.18.in fine Alex.Trenta de substi 4.part.cap.7.numer.11.versi.aut:*expresso masculinitatis*.ibi.*quando vero cessat ratio*.Socin.Seni.consi.63.numer.10.& consi.70.numer.5.lib.1.Decia.consi.10.nu.55.lib.3.latissime Pereg.ad vtrâq; partem agens de fideicommiss.artic.25.numer.29.cum sequent. & præsertim.num.33.cum aliis, Orationes autem dicuntur separatæ, vel quando possunt stare de per se, vt respondit Cephal.cõsil.599.num.18.vel quando apposita est dictio, & quæ stat inceptiue pro vt ad est in clausula nostra ita scripsit Menoch.consi.11 num.34.Decia.d.consi.10.num.57.lib.3. ¶ La segunda razon por donde esta opinion contra la repeticion, parece mas sin dubda en nuestro caso es, por no auerse hecho este mayoradgo fauore agnationis, saltem, fuera de los tres primeros llamamiẽtos delos hijos del fundador y de sus descendientes, præsupuesto que despues dellos, llamo el testador hembras, que fueron sus hijas, las quales particularmente en materia de Mayoradgos, ni por sus personas ni por las de sus descendiẽtes conseruan la agnaciõ, antes la deshazen, vt in terminis probat Socin.Iunior.consi. 2. numer.11.lib.3.& nos infra latius probauimus. ¶ La tercera razõ por donde en nuestro caso cesa mas sin duda, la repeticion es, por no auerse puesto la calidad de masculinidad por via de regla generalmente en todos los llamados, sino particularmente en personas y grados distinctos y differentes, y assi se a de restringir a aquellos solos grados y personas donde esta puesta, tex.in.l. quæ conditio versi.ad vero.ff.de cond.& demonstr. quem pronotabili retulit Molina lib.3.cap.5.nume.20.Mieres de maioratibus. 2. part.quæst.6.numer.102.cum sequent. Menoch consi.305.num. 35.vol.4.Decia.responso.12.numer.45.volum.1. versi. licet ergo expresserit. ¶ La.4. razon es, auerse hecho los llamamientos pre

cedientes, nominatim, y por sus proprios nombres, videlicet, a Martin, y Alonso, Eluira, Ynes. &c. quo casu dispositio, sic coheret personæ specificæ nominatæ, quod licet aliás legata relicta ab instituto su apte natura censeantur repetita a substituto, vt in. l. licet Imperator de lega. 1. in tali casu non censentur repetita, porque la demonstracion del nõbre proprio dela persona, o del grado restringe la disposicion a solo aquellas personas, especialmente y por sus nombres llamadas, l. celsus. §. quod alicuius de lega. 2. Molina. lib. 3. capitul. 5. numer. 68. Iass. quide communi testatur in. d. l. licet Imperator num. 31. it nũcto. numer. 36. de lega. 1. & videtur. tex. in. l. liberum. ff. de verborum significatione, ibi, *singulorum nominibus.* ¶ La. 5. razon es, estar como estamos en calidad, por la qual se corrige el derecho comun y del Reyno: presu puesto que enla present e materia de mayoradgos in distintamẽ te suceden varones y hembras, vt Molin. in. d. cap. 5. aduertit numer. 57. Mantica lib. 6. tit. 13. num. 9. versi. cum etiam Mascar. de prouationibus conclusione. 1265. numer. 45. cum sequent. ¶ La. 6. y vltima razon es, la calidad de fideicommisso, que de su natu raleza es odioso. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de vulga. & in odiosis cessat qualitatis repetitio, pro vt firmat Deci. consi. 567. nu. fin. & in indiuiduoq; nostra masculinitatis qualitas repetita nõ cen censeatur, quando aliquod intreducitur contra ius commun. tradit Honded. post Craue. Alci. Marza. & alios consil. 57. nume 32. Alexand. Trenta. de substitutione. capit. 7. numer. 11. versic. 2. respondetur.

Quarto principaliter, dira la parte contraria que en inter pretacion deste octauo y vltimo llamamiento del mayor del linage: parece que es caso interminis in. l. cũ ita. §. infideicommisso. de lega. 2. a donde el iurisconsulto hizo tres genericos llamamientos. El primero de los que expressamente por sus nombres llamo el testador, que en nuestra clausula fueron los siete hijos y hijas del fundador y sus descendientes varones. El segundo llamamiento fue de aquellos qui ex nomine difuncti fuerint eo tẽ pore quo testator moriretur: que es lo mismo de nuestro caso, en el qual en defetodelos especialmente llamados quiso el testador que sucediesse el mayor de su linage. El tercero llamamiẽto des pues delos passados dize aquel texto, que es el de aquellos, qui ex his primo gradu procreati sunt, que parece la propia determi nacion de nuestro caso: en el qual auiendo entrado este maiorad

go en Pedro Cabrera, conforme a nrã pretensiõ en virtud del dicho octauo llamamiẽto del mayor del linage, luego despues del an de yr sucediẽdo todos los sucessores del, qui primo gradu procreati sunt: los quales conforme a su generalidad, an de ser indistintamente varones y hembras, iuxta tex. in. l. 1. §. generaliter. ff. de lega. præstandis & in. l. fin. C. de verborũ significatione iuncta. l. cum pater. §. cum inter liberos de lega. 2. la qual interpretacion es mas sin dubda por ser ajustada al derecho comun y del Reyno, extraditis a Molina. libr. 3. capit. 4. numer. 1. cum sequentibus.

Lo quinto, dira doña Maria que en su fauor tiene tambiẽ la clausula final, a donde el fundador quiso que todos los llamados y sucessores en este mayoradgo tuuiessen la condicion con q̃ el llamo a Martin Fernandez su hijo primero, porque quãdo la dicha condicion repitiera la masculinidad (que no hizo como ellos dizen) la repeticion se a de restingir a la calidad y caso expresso en el llamamiento de Martin Fernandez, videlicet, que la hembra del vltimo posseedor quedasse exclusa por el tiohermano del padre de la tal hembra que pretende el varon excluyr, y que este no es nuestro caso sino muy diferente, porque en el pretende Rodrigo Mendez, siendo hermano del abuelo de la dicha doña Maria, y tio de su padre, excluyrle a ella siendo hija del vltimo posseedor, al qual caso no se a de estender la repeticion de la dicha clausula general, por ser mas graue y riguroso del que el testador expressó, y aquesse refirio por la dicha clausula, argumento tex. in. l. illam. C. de collationibus tex. notabilis in ca. 1. de gradibus succesionum, vbi probatur quod licet in sucessione vocẽtur masculi, non tamen fæmina excluditur per patrium magnũ que es el hermano del abuelo, & in terminis tradunt, Parif. cons. 41. numer. 81. lib. 3. Brun. in tracta. de statuto excludente fæminas artic. 12. quæst. 6. versi. 3. vero casu, Molineus in consuetudinibus, Parisiens. §. 16 numer. 4. qui in cõsi. 1. produce de Villahermosa numer. 109. cum sequent. huius conclusionis rationem tradit, quæ vltra eum comprobatur quia fæmina numquam censetur exclusa nisi in casu, & per personas nominatas Imola in. l. si vero. §. de viro. ff. soluto matrimonio optimus text. in. d. l. *quæ conditio. ff. de condi. & demonstr. ibi quæ cõditio cum ad certas personas acommodata fuerit ad eum dumtaxat gradum eam referre debemus, quæ ba personæ institutæ fuerunt. &* c. l. finalis. §. Seyo. de lega. 2. cuius ar-

gu

gumento hanc vocat communem Rimin. Iunior. consi. 112. a nu mer. 158. libr. 2. & quod non inuenit cōtraditorem fatetur idem Molineus. in consi. analitico. 2. numer. 25. & quod secūdum eam fuit iudicatum testatur ipsemet autor in additionibus, ad Deci. consi. 287. num. 7.

Lo sexto, dira tambien doña Maria, que la repeticion que el testador quiso hazer por la dicha clausula final, fue solamente de la prohibicion de enagenacion que por condicion particular el testador auia puesto al dicho Martin Fernandez, lo qual pretende prouar dela dicha clausula por las razones siguientes. ¶ La vna por auer puesto la dicha prohibicion para la conseruacion de su mayoradgo, y ser necessario que se guardasse en todos los llamados, vt verba ista in simili casu declarat Moline. d. consil. 1. numer. 88. & seqnent. Rimin. consi. 23. numer. 321. libr. 1. Socin. Iunior. consi. 133. numer. 17. lib. 1. Y como esta condiciō de prohibicion de enagenacion el testador no la auia puesto a los hijos de Martin Fernandez, ni Alonso Martinez, ni a sus descēdientes, ni a las quatro hijas, ni a los suyos, ni al mayor del linage, a las quales por ser personas distintas y de diferente grado, no se estendia la prohibicion de enagenacion puesta al primero, iuxta glosam in. §. nos igitur in authentico de restitutione colatione. 9. & tradunt. DD. in. l. filius familias. §. diui de lega. 1. para que esta prohibicion abraçase a todos los llamados a quien en particular no la auia puesto: vso el testador dela palabra distributiua vniuersal (qualquiera) y de aquellas palabras relatiuas (dichos son) para comprehenderlos todos, vt Ruin. comprobat. consi. 131 numer. 5. libr. 2. versi. & propterea dictio vt supra. Y esta razō parece que declaran las palabras inmediate siguientes. ibi. *porque quede para siempre en mi linage*, por las quales se ponderara, que el testador quiso glosarse y dar razon, porque queria que en todos los llamamientos se repitiesse la condicion de prohibicion puesta al primero, videlicet, para que quedasse para siempre en su linage, que es el effecto que se consigue de la prohibicion de enagenacion y por la que se permite, y se introduxo en derecho. l. pater filium. 36. §. fundum de leg. 3. ibi. *fundum Titianum venundari & pignorari, vetui quia ita fiet, vt de nomine vestro nunquam ex eat, & in. §. pater.* eiusdem legis ibi, *nulla ex causa alienent, sed conseruent successioni suæ.* ¶ La. 2. razon é confirmacion desta interpretacion de la palabra (condicion) puesta en esta clausula final, sacara do

ña

ña Maria del llamamiento que el mismo testador hizo del posthumo que esperaua tener en Mayor Martinez su muger, al qual le puso la propria condicion de prohibiciõ, sin la calidad de masculinidad y exclusion dela hembra. Y hallando como se halla en esta parte segunda del testamento puesta la palabra condicion, restringida y limitada a la prohibicion de enagenaciõ, dela misma suerte dira la parte contraria que se a de entender que quiso sólo esto significar el testador enel vltimo lugar donde la puso, argu.tex.in.l.seruus plurium.§.fin.delega.1.ibi. *ante omnia ipsius patris familias consuetudo.* Bart.in.l.Centurio num. 27. de vulgari quem cæterisequuntur. ¶ La tercera razon desta interpretacion nace de la misma palabra (condicion) puesta enesta clausula, en numero singular, de cuya propriedad es no conuertirse en pluralidad. Iass.in.l.1.num.9.versi.12.limita.C.de liberis præteritis, ex quo fit, que aunque vuiera puesto el testador diuersas condiciones a Martin Fernandez, vna de masculinidad, y otra de prohibicion de enagenacion de bienes, la dicha palabra (condicion) puesta en singular, deuiendose referir a vna sola, a de ser a la q̃ se confirma con el derecho comun, y la que es mas propria y ajustada a la naturaleza de Mayoradgos, que es la prohibicion de enagenacion secundum Iass.in.l.talis scriptura. numer.39.de leg. 1. diffusse, Menoch.consi.120.num.82.lib.2.quia relatio semper facta censetur, ad id quod principale est, in oratione, vt notat Iacobus Bæreta consi.16.numer.10.& in terminis arguere videtur. Beroips consi.115.numer.22.volum.2. ¶ La quarta razon es, porque si la palabra (condicion) puesta en esta clausula final se refiriera a la masculinidad, fuera inutil y superflua, porque auiendo puesto el testador la misma calidad en los llamamientos de sus hijos no se puede entender que quiso tornar a repetir en ellos, lo mismo que auia expressado, presupuesto que quiso que qualquiera que heredasse los dichos bienes delos que dicho auia, lo ouiesse con la dicha condicion, & quando capitulum, vel substitutio habent specialem determinationem, non referuntur ad eam clausulæ generales relatiuæ in fine positæ.l.cohæredi.§. qui patrem ff.de vulgari.Iass.in.l.1.numer.9.versic.3.limita.C.de liberis præteritis Bursatus pluribus citatis consi.1.numer.15.versic. & quia qualitas vol.3. ¶ La.5.razon es, vn absurdo que parece resulta de referirse la palabra (condicion) puesta en esta vltima clausula a la calidad de masculinidad, porque presupuesto que el testador la refirio a todos los llamados, como consta de las palabras pre-

cedientes ibi: *y qualquiera delos que dichos son*, auiendo llamado antes a sus quatro hijas, que eran hembras, y en las quales no podia concurrir esta calidad de masculinidad, es impossible que la palabra (condicion) se refiriera a la dicha calidad, auiendo querido el testador, que todos la tuuiessen no pudiendola tener sus hijas, y para que esta palabra (condicion) determine y comprehẽda ygualmente a todos los llamados: se a de entender y restingir a sola la prohibicion de enagenacion, que es la que puede verificarse en todos ellos, ex. l. iam hoc iure. ff. de vulga. vbi Iass. numer. 11. Decia. responso. 26. nume. 34. versi. quæ etiam confirmatur vol. 2. Rimin. consi. 532. num. 29. & sequent. & hoc arg. vtitur Simon de Pretis, de interpretatione vltimarum volũtatũ. li. 2. interpretat. 2. solutione. 3. n. 87. & Montepico consi. 96. n. 59. ¶ La. 6. razon es la vulgar y comun que se suele traer en la interpretacion de semejantes clausulas finales, videlicet, quod nunquam referuntur, ad præcedentem dispositionem, quando in eis inuenitur diuersa ratio dispositionis diuersitas quipe rationis inducit repugnantiam, & sic operatur vt vna & eadem clausula nõ possit parificari casus diuersos & contrarios secundum Bart. consil. 54. num. 4. admodu in Deci. consi. 92. numer. 1. versi. non obstat. Menoch. post alios consi. 220. numer. 86. volum. 3. cõforme a esta razon arguye la parte contraria contra nosotros desta manera: las razones y causas delos llamamientos precedientes, no cõuienen, ni son aplicables con la razon del llamamiento octauo del mayor del linage: ni con la clausula q̃ se puso despues del, porq̃ como consta de toda la contestura desta disposicion, el testador diuidio la sucession de su mayoradgo, en tres substituciones genericas diuersas en si y cõ diuersa causa. ¶ La primera fue de tres lineas de varones agnatos, que fueron sus tres hijos, Martin, Alonso, y el posthumo que esperaua tener en *M*ayor Martinez su muger, y en los decendientes varones destos. ¶ La segunda substitucion fue de sus quatro hijas: y delos descendientes varones dellas y estas dos primeras substituciones fueron en si contrarias, porque la primera fue de puros agnatos, y de solos varones, y la segunda fue de cognatos y de hembras, y varones, pero ambas substituciones fueron conformes en hazerse por nombres proprios de los primeros substitutos, y en preferirse los varones de la linea masculina (aunque descendientes de las quatro hijas) a las nietas del testador hijas de sus hijos, o por el llamamiento especial y amor paterno y conocimiento proprio, o porque pareciera ca-

se

so absurdo,que sucediendo la madre no se le diesse por substituto a su proprio hijo en exclusion delas personas à quien su madre auia excluydo.Por manera,que por las personas de las madres,fueron los varones dellas de mejor condicion que las hijas delos varones.Todo esto dize la parte cõtraria que ceso enel llamamiento octauo del mayor del linage,enel qual acabada ya la agnacion verdadera delos descendientes de sus tres hijos varones,y la ficta que quiso sacar de sus hijas y delos varones dellas, llego al octauo llamamiento del mayor del linage,admitiendo indistinctamente varon y hembras,respeto de no tener que mirar,mas que a la conseruacion y perpetuydad delos bienes, porque acabados los varones de varones, y varones de la linea masculina de sus hijas,no tenia paraque pretender masculinidad en los demas sucessores,en los quales faltaua la dicha agnacion verdadera y ficta que el auia desseado y querido que tuuiessen los siete llamamientos primeros,y assi siendo la razon de cada vna destas substituciones,en quanto a calidad de personas tan diuersas,y aun contrarias en si,de ninguna manera parece que se puede la palabra (condicion) puesta en esta clausula final, referir ygualmente a la calidad,de personas precedientes por faltar en ellas la ygualdad dela razon y causa porque se llamarõ:y assi solamente la dicha relacion se a de hazer a la prohibicion de enagenacion,que ygualmẽte es vniforme cõ todos,ex notatis a Mieres,de maioratibus.2.part.quæst.7.num.80.2.colu.ibi. *ex quibus infertur.&c.*Aretin.consi.1.num.15.Alexan.consi.158.numer.10 libr.6.

Lo septimo, principaliter se ayudara la parte contraria en fauor de su pretension,delas palabras desta vltima clausula, ibi:*porque vaya assi de linea en linea.&c.*Por las quales parece que el testador hizo los llamamientos desta sucession a manera de lineas,y siẽdolo en ninguna manera puede suceder Rodrigo Mendez en exclusion de doña Maria por ser ella de mejor linea,y en materia de mayoradgos es conclusion assentada, que auiendo persona de la linea en quien entro el mayoradgo,no se puede retrogradar a linea diuersa: particularmente tan remota como la del dicho Rodrigo Mendez,vt Crauе.in simili considerat consil.250.numer.4.versi.*quod autem constantius*.iuncto.nume.5.Menoch.consi.234.num.9.Molina.lib.3.capit.4.numer.12. y es tan fuerte esta consideracion de lineas,que aunque el fundador del

ma

mayoradgo generica y absolutamente excluya las hembras por los varones: no se entiende auerlas excluydo, si no auiendo varon de la misma linea, vt prouatur in.l.2. titul.15.par.2.& tradit Molina.d.cap.5.numer.72.Contra este argumēto dira la parte contraria, que no le obsta el exemplo que podriamos traer de los primeros siete llamamientos, en los quales los varones, aunq̄ de otra linea, excluyen a la hija del vltimo posseedor, como se vido en Alonso hijo segundo del fundador que excluyo a Aldonça hija de Martin Fernandez primero llamado y posseedor deste mayoradgo: porque respondera diziendo, que este exemplo y equiparacion, no es bueno ni aplicable al caso presente, por faltar en Rodrigo Mendez la calidad que tuuo Alonso y los demas varones llamados en las primeras siete substituciones, los quales tuuieron expresso llamamiento y prerrogatiua de excluyr a las hijas del vltimo posseedor: lo qual cesa en nuestro caso, porque doña Maria no tiene la exclusion que tuuo Aldonça, ni Rodrigo Mendez la prerrogatiua que tuuo Alonso, & in hac materia maioratus, licet fœmina excludatur per masculos, per quos exclusa etiam fuit alia fœmenina a qua ista secunda descendit, si tamen femina non descendat ex tali fœmina propter masculos exclusa, neutiquam per eos excluditur, etiam si sit similis fœminæ exclusæ vel vigeat in hac excludenda, eadem vel maior ratio exclusionis, ita Paulus in.l.illam.numer.9.C.de collationibus, quem post plures sequitur Molina, lib.3.cap.5.num.41.

12 Lo octauo y vltimo, dira asi mismo la parte contraria, q̄ quando la palabra (condicion) puesta en esta clausula final repitiera la masculinidad (que es lo q̄ Rodrigo Mendez puede dessear) esta masculinidad se a de entender estar repetida en los que fueren varones de varones como lo era el dicho Martin Fernandez y sus descendientes, y como el derecho interpreta semejante palabra, particularmente quando el fundador, es varon y llama varones a la sucession de su mayoradgo, vt probat Ioann.Andr.post Ricar.Malum.ab eo citatum, in additionibus, & speculum, in rubrica de testamento col.3.in fine.versi.sub hoc titu.& colu.sequen.pro qua opinione consuluerunt plures quos refert Mathesi.singu.129.incipit nota vnum dictum, vbi eius additionatores multos citant.Socin.etiam in.l.Galius.§.nunc de lege.numer.6.col.penultima versi.4.deciditur.ff.de liberis & posthumis Molin.lib.3.cap.5.num.5.cum duobus sequent.quibus addo.

Man

Mantican de coniec.vltimarum voluntatum lib.11.titul.15.num. 3.Anton.Peregr.de fideicomm.articulo.26.numer.15.Ioan.Garcia intractatu de nobilitate indiuisione legis numer.13. Micha. Graf.communium sentētiarun.§.fideicommissum quæst.35. vbi refert alios.DD.communem dicentes. Conforme a esta opinion es cosa sin duda en el progresso dela sucesion deste mayoradgo que si Martin Fernandez dexara nieto varon, hijo de Aldonça su hija, en ninguna manera sucediera auiendo varon de varon de Alonso y del posthumo, y lo mismo delas quatro hijas, especialmente llamadas, porque el varon de hembra no se comprehende debaxo de llamamiento de varon, si expressamente el fundador no lo llama como en esta sucession llamo a los immediatamente descendientes de sus quatro hijas, de donde arguye la parte contraria, que siendo Rodrigo Mendez descendiente de hembra, no llamada antes exclusa (como lo fue doña Ynes su visabuela) que de ninguna manera se puede estender a el la repeticiō de la masculinidad desta clausula final, para excluyr en virtud della a hembra, que no esta expressamente exclusa, particularmente siendo de la linea del vltimo posseedor, como lo es oy la dicha doña Maria, cum adiuersis non fiat Illatio.l.Papinianus exuli, in principio.ff.de minoribus cum simillibus.

Verum tamen supradictis omnibus minime refragantibus, la justicia de Rodrigo Mendez de Sotomayor, es notoria y sin duda por los medios y consideraciones siguientes. Y antes de entrar en la defensa desta parte: duo necessario præmittēda sunt ad faciliorem nostræ clausulæ interprætationem Menochium in hoc sequutus in illo cælebri consilio.585.num.2.lib.6. ¶ Quorum primum est ex coniecturata, & præsumpta testatoris mente pendere, an qualitas posita in vna parte dispositionis, vel adiecta aliquibus personis, repetita censeatur, in alia parte: & in aliis personis vti responderunt in proposito Aretinus in consi.1. nu. 8.libr.1.Deci.in consi.480.num.4.Socin.Iuni.in consi.103. num. 55.lib.1.Alcia.respons.96.num.20.& Bero.consi.120.num.80.lib. 2. ¶ Lo segundo presupongo, que el auer entrado este mayoradgo en la persona de Pedro Cabrera, no fue contra la volūtad del fundador, y por ministerio solo dela ley, como la parte cōtraria entiende, y se deduxo latissimamente en su primero fundamento, sino por voluntad del mismo instituydor, no solamente presumpta y coniecturada, sino expresse tambien enel octauo y vl-

timo llamamiento (del mayor del linage) porque aunque es assi que el testador excluyo todos los varones decendientes de hembra de sus tres hijos: en consequencia de auer excluydo a sus madres: pero esta exclusion no fue perpetua sino temporal, y mientras vuiesse varones de varones delos dichos sus tres hijos y varones de varones de sus quatro hijas, porque aunque alias en las sucesiones legales: y en otras testamentarias suele ser muy reñida question, si la persona vna vez exclusa dela sucesion queda temporal, o perpetuamente excluyda della, vt constat ex Peregr. de fideicomis. articul. 27. numer. 16. cum sequent. Pero en la materia presente de mayoradgos y fideicommissos perpetuos, y donde se trata de eternizar y perpetuar los bienes en la familia, nunca la exclusion de vnas personas, se presume que el testador quiso q̃ fuesse perpetua, sino temporal y mientras vuiesse personas mas amadas y fauorecidas del testador, que son las porel qualificadas y llamadas en su disposicion: y faltando estas presume el derecho que el testador llamo las exclusas (saltem, no hallandose en ellas contraria qualidad delas personas que llamo) porque su exclusion (el mismo derecho presume) que no la hizo el testador por odio (si aliud non constet expresse ex eius voluntate) si no por fauor y prelacion de los expressamẽte llamados, y assi en faltando los vnos entran los otros: vti loquendo in fæminarum exclusione propter masculos, probant Socin. Seni. consi. 63. num. 3. lib. 1. Socin. Iuni. consi. 104. numer. 11. & consi. 114. volu. 2. Bimi. consi. 2. numer. 53. & hanc opinionem dicit communiter acceptam novissime. Vincen. Hondedeus con. 29. n. 4. post. Bart. Bald. Alex. Socin. Corn. Alberi. Bru. Remi. Thob. noni. Bursa. & vtrumq; Gabric. quibus addo, Philip. Ponci. consi. 131. numer. 13. & 18. & consi. 138. num. 17. Paul. Castr. consl. 421. num. 5. versi. per inde est ergo lib. 1. singulariter Deci. consi. 370. num. 4. versi. alterius Micha. Graf. receptarum sententiarum. §. fideicommis. quæst. 12. numer. 5. Molin. lib. 3 cap. 5. numer. 71. versi. cesante persona, &c. Menoch. consi. 359. numer. 10. lib. 4. & consi. 585. numer. 35. versi. respondetur dominam Lauram lib. 6. Decia. consi. 40. nu. 32. lib. 2. Assi que la exclusion delos varones descendientes de las nietas, o de otras hembras de Martin, y de Alonso hijos del fundador, (como lo fue Pedro Cabrera hijo de Ynes, y nieto de Alonso, segundo llamado a este mayoradgo) no fue perpetua ni hecha en odio y aborrecimiẽto destos varones de la linea fæmenina, sino tẽporalmẽte, miẽtras vuiesse varones de varones delos dichos sus

his

hijos,y varones de varones de sus hijas,y faltando los vnos y los otros,luego entrassen varones delas personas exclusas, como personas en quien se hallauā la calidad de Varonia, que el testador quiso que tuuiessen sus successores , entrando ya estos sin el impedimento y estoruo que les hazian,las personas mas fauorecidas por el testador,y en quien residia y se hallaua mejor la calidad que causo la prelacion y primero llamamiento. Por manera,que aunque el testador no hiziera el octauo llamamiento del mayor del linage:bastara la razō susodicha para juzgar (expræsumptamente testatoris)por verdaderamente llamado a Pedro Cabrera,faltando los varones de la linea masculina,de todos los siete llamados,y entraran ellos como personas en quien se hallara la misma calidad,aunque no tan buena y fauorescida , como enlos primeros(vti latius etiam hoc infra suo loco deducemus) Y aunque esta conclusion es simplemēte verdadera de derecho, pero nuestro fundador no se contento con dexar la verdad della regulada,por presumpciones & coniecturas legales , sino para quitar todas las dificultades,añidio el octauo llamamiento(del mayor del linage)en el qual incluyo todos los varones delas personas que no auia admitido,para que a falta de las que admitio, sucediessen ellos tambien,y assi en el se incluyo expressamente Pedro Cabrera,como persona en quien concurria la calidad con que el testador prefirio a sus llamados. Con estos presupuestos es la justicia de Rodrigo Mendez llanissima y sin duda, por los medios y consideraciones siguientes

2 LO primero,porque el fundador no solamēte requirio expressamente que los descendiētes de Martin Fernandez:que fue el instituto y primero llamado,tuuiessen calidad de masculinidad,para poder suceder en este mayoradgo,pero lo mismo repitio en los descendientes delos primeros substitutos hijos suyos, Alonso,y el posthumo que el fundador esperaua que auia de nacer de Mayor Martinez su muger, y lo que mas es y fortifica el argumento presente,que la misma calidad de masculinidad quiso tambien que tuuiessen los descendientes de sus quatro hijas, porque aunque expressamente no los llamo , bastó ponerlos en condicion,para tenerlos y juzgarlos por verdaderamente llamados conforme a la mas comun y verdadera opinion de los Dotores enesta materia de mayoradgos,vt constat ex Bart.in. l. cum auus numer.4.ff.de condit.& demonstr.& aliis relatis a Molina

lib.3.cap.5.nume.30. Por manera, que es cosa assentada por la cõtestura desta clausula, que en todos los siete llamamientos q̃ precedieron al octauo en que estamos (del mayor del linage) y por el qual entro este mayoradgo en la persona y linea de Pedro Cabrera visnieto del fundador, quiso el suso dicho que todos los decendientes dellos q̃ vuiessen de suceder en este mayoradgo, fuessen varones y tuuiessen necessariamente esta calidad, para poder suceder en los bienes del. La qual calidad, aunque no estuuiera acompañada con exclusion de hembras, como expressamente lo estuuo, vt statim demonstrauitur: de suyo solo la palabra varon es exclusiua dellas, secundum Deci. consi. 515. numer. 2. Pariss. cõsil. 41. numer. 37. volu. 2. Socin. Junior, consi. 114. vol. 1. per totum & probatur expresse in cap. Reinal. de testamentis ibi, si absq; filiis masculis, & ibi glos. Gofre. Hostiens. Ioan. Andr. Ant. de Butr. Card. Anchar. Abb. ac deniq; Couarr. &c. numer. 2. tex. etiam in l. scripturas. C. qui potiores in pignore habeantur, melior tex. in l. 1. C. de adulteris, cum aliis in id congestis a Monte Pico. consi. 100. numer. 10. late Peregr. de fideicommis. articul. 25. numer. 11. Assi que como digo, es assentada conclusion y sin duda, que el testador quiso y proueyo expressamente que los descendientes de sus hijos y hijas, que fueron los del instituto, y los de los seys substitutos siguientes, vuiessen de ser necessariamente varones, para poder suceder en este mayoradgo, proueyendo consecutiuamẽte, que hembras en ninguna manera sucediessen en el, esta calidad pues que el fundador puso en los descendientes del instituto y repitio, y quiso que tuuiessen tambien los descendientes delos seys substitutos siguientes, es presumpcion juridica y mas comun y verdadera opinion, que quiso tambien que la tuuiessen los descendientes del octauo llamado, que fue el mayor del linage, aunque en ellos no repitiera la dicha calidad: porque para coniecturar su voluntad y reduzir a vniformidad todos los llamados y successores, censetur dicta qualitas, repetita in hac vltima substitutione, etiam si posita esset (vel sit) in oratione diuersa, ita in specie probat Abb. cons. 36. numer. fin. lib. 1. quem sequuntur. Cuman. Barbac. Curti. Seni. Guido Pape. Iaso. Deci. Crat. Ruin. Paris. Curti. Iuni. Rubeus. Socin. Junior. Bru. &. Mantu. quos refert. Antonius. Grabr. lib. 4. communium opin. tit. de testamentis conclus. 10. numer. 11. quibus addo Monte Picum, cõsil. 47. num. 5. & consi. 96. num. 54. Pancir. consi. 91. num. 18. Alex. Trenta. post Alben, & alios de substitution. 4. part. cap. 7. nu. 11. in

in prin.Molina,de primogeniis lib.3.cap.5.nu.56.Menoch. aliis citatis consi.95.num.81.& consi.204.num.43.&.53. & latissime innumeris recitatis consi.585.num.14.lib.6.& de præscriptionibus lib.4.præsump.84.num.5.Peregr.qui alios etiam citat de fideicomiss.artic.25.num.28.qui numeris sequent. fœdere distintionis,hanc opinionem ,cum alia sibi contraria concordat pro vt statim declarabitur.

Esta conclusion tan comun y recebida,tiene su apoyo en muchas y muy ciertas razones de derecho,delas quales con facilidad se descubre ser mas verdadera que la contraria,quegeneralmente siguieron Anania,y otros que quedã referidos enel.3.fundamento de la parte contraria ¶ La primera razon es, quia vna testamenti pars per aliam declaratur,vel suplctur. l. 1. vbi Bart. & Socin.ff.de rebus dub.l.qui filiabus delega.1. saltem quando in vtraq; reperitur eadem iuris ratio,siue agatur de isdem, siue de diuersis dispositionibus,ita.Deci.consi.567.numer.6.&.7.lib 4.Crauet.consi.62.numer.11.Anton.Ciosi.consi.35.num.29. vna quipe,& eadem ratio non deuet diuerso iure censeri. l. eum qui ædes.ff.de vsucap.etiam si ad sit varietas possessionis quia stanti eadem ratione in ducii non potest diuisio voluntatis.l. eum qui §.fin.de his quib.vt in dius,& hanc rationem tradit in proposito,Monte. Pico,in illo celebri consi.96.(nostro simili) pro Duce de Alburquerque.num.59 cum sequent. ¶ La segunda razon es,porque las substituciones se regulam conforme ala voluntad que el testador tuuo en la institucion,ex.l.Plubius.§.1 ff. de conditionibus,& demonstr. substitutiones ,quipe tanquam appendices præcedentis institutionis regulantur , ad intellectum institutionis . l. in ratione . §. si filio . ff. ad legem falcid . bonus tex . in.l.si quis hæres.ff. de acquirenda hæreditate, & hanc rationem in proposito expendunt,plures a Manti.citati de coniect.vltim.volunt.lib.5.tit.2.num.20.&.DD.omnes citati,& statim citandi . ¶ Tertia ratio est quia substitutio habet se ad institutionem tanquam exemplum ad exemplar,& sicut ista inter se diferre nequeun.l.Sempronius vbi Bart . notat delegat. 2.ita nec diferre debẽt,institutio,& substitutiones, pro vt in specie argumentatur.Crauet.consi.6.numer.67.cum innumeris re-latis a Monte Pico.d.consi.96.numer.83.probant post alios vltimam substitutionem(tanquam exemplum)factam semper censeri ad similitudinẽ primæ,quæ loco exẽplaris habetur. ¶ *Quarta* ratio est quia primo nominatus censetur magis dilectus.l.ge-

neraliter.§.quid ergo si plures.ff.de fideicommissariis libertatibus,late Tiraquel.de primo gener.quæst.10.numer.2.&.3.latius Monte Pico dicto consi.96.numer.73.cum sequent.quę conclusio est indubitabilior. quando primo vocati fuerunt testatoris descendentes,vt Angel.probat.consil.108.numer final.Bald.Socin.Alex,& in numeri alii ab eodem Montepico citati.d. consi.96.num.100.Conforme a esta razon,si viessemos que auiendo el fundador excluydo en los siete primeros llamamientos a todas las hembras descendientes de sus hijos y hijas,siendo como eran descendientes suyas,y assi mismo descendientes delos mas amados y primeros llamados,y no se repitiesse en los descendientes del octauo llamado,la misma exclusion delas hembras,y omnimoda prelacion delos varones, siendo como son descendientes del menos amado,y que fortassis pudieran ser no descendientes del mismo fundador,resultarian dos absurdos grandissimos cõforme a la pretension de la parte contraria.¶El vno,que el menos amado fuesse de mejor condicion que el mas amado,contra notata in proposito a Socin.Iunior.consi.141.libr.2.& a Molina.lib.3.cap.5.numer.63.¶Y el segundo,que en vna misma disposicion y sucession vuiesse hecho el fundador llamamientos cõtrarios,aduersus ea quæ in specie considerat Paris.consi.53.numer.46.& sequent.lib.3.cum aliis citatis ab eodem MontePico.d.cõsil.96.num.70.cum pluribus sequent.& num.118. cum aliis: por euitar pues semejãtes absurdos,se induze en los postreros llamamientos repeticiõ dela calidad de la masculinidad puesta en los primeros,aun que esten hechos los postreros por palabras y diciones collectiuas,y que de su naturaleza suelen significar ygualmente varones y hembras,como son las diciones mayor,linage y linea.Las qualespara este efecto se restringen,a que solamente signifiquen varones:y de ninguna manera comprehendan hembras,ita declarat Socin.in.d.l.cum auus.numer.80.Abb.Barbaci,& Crotus,quos refert Decia.consi.74.nume.17.volu.3.Gratus consi.5.numer.31.& sequent.& consi.53.numer.5. volum. 2. Menoch.consi.95.num.28.Marça.consi.8.numer.1.versi. augebatur dubitatio,& vltra eos notabilius Ruin.consi.150.numer.7.vol.2. Socin.Iunior.consi.168.numer.27.volum.2.Alciat.consi.52. nu. fin.Roland.consi.82.numer.28.volum.3.Pancir.consi.168.num.7.Mantica de conge.vltimarum voluntatum lib.11.tit.14. num.11.versi.3.etiam Cephal.post alios consi.45.num.4.& consi. seq. numer.3.versi.8.quoniam Simon de Pret.consi.161.numer.13.&

14.

14.Pedro alii citatis consi.5.numer.27. qui omnis addendi sunt Molin.d.lib.3.cap.5.numer.63.vbi hoc ipsum profitetur, licet non ita bene declarat.¶ La quinta razon,en que se apoya y funda esta repeticion en el postrero llamamiento de la calidad de masculinidad puesta en los primeros es,porque la voluntad del fundador descubierta y declarada en los primeros llamamiẽtos y clausula de su disposicion,es mas fuerte y eficaz para declaracion delos llamamientos y clausulas siguientes,que al contrario secundum doctrinam.Bart.quæ semper ad est in ore aduocatorum in.l.quisquis vbi vltima glos.delega.3.Deci.consi.339. in fine Iass.consi.217.numer.fin.lib.2.cum aliis citatis a Monte Pico, consi.96.numer.52.cum sequent. Y teniendo como tenemos en nuestra disposicion,clara y descubierta la volũtad del fundador en los descendientes de todos los siete primeros llamados, que fuessen varones,y de ninguna manera fuessen hẽbras,estas clausulas y llamamientos primeros (como mas fuertes) interpretan y declaran la misma voluntad en el octauo y vltimo llamamiento,donde el testador no la declaro tan expecificamẽte como en los passados.¶ La sexta razon en que se funda esta opinion general y absoluta,que la calidad puesta en la institucion y primero llamamiẽto,censetur repetita insequent. etiam si sinus in diuersa oratione,ea quidem præcipua est,quia in omni dispositione tan legis,quam hominis,tam in vltima voluntate, quan incontractibus,illa interpretatio,semper fieri debet per quas res remaneat secundum suam primeuam naturam glos.in.cap.statutum de præben.in. 6. l. si vnus.§.pactus nepeteret.ff.de pactis,& tradit in proposito Paris.consi,53.numer.96.& conf.67.nu.116. vol. 3.vbi citat alios cui addo Monte Picum,ita in casu nostro argumentantem conf.100.num.22.auiendo sido pues la primera naturaleza deste mayoradgo,no solamente en los descendiẽtes del primer llamado,pero de todos los siguientes, hasta el octauo y vltimo en que estamos,de que la sucession del corriesse por solos varones:con exclusion expressa de hembras(excepto las quatro hijas expecificamente llamadas) la palabra dudosa del mayor del linage puesta en este vltimo llamamiento para reduzirla a la primera naturaleza,dela dicha sucession se a de interpretar q̃ comprehenda solamente varones y no hembras como el fundador quiso que lo fuessen los primeros que vuiessen de suceder en este mayoradgo.¶ La septima y vltima razon es el effecto y fuerça dela geminacion,con la qual se descubre y declara la enixa y

gran

grande voluntad y aficion que el fundador tuuo a la masculinidad repetida en tantas substitutiones. l. Balista cum similibus. ff. ad Trebelia. Y para que esta geminacion alguna cosa obre en las disposiciones donde semejante calidad de masculinidad, se halla geminadamente puesta, induze y presume el derecho della, que el fundador quiso repetir la misma calidad en los llamamientos posteriores donde no la puso, pro vt hanc rationem in specie no stra considerant Alciat. respons. 482. num. 6. Gratus, respons. 89. in fine lib. 2. Socin. cons. 100. numer. 3. volum. 4. Mieres de maioratibus. 2. part. quæst. 6. numer. 107. Monte Picus latius. consi. 96. numer. 67. & sequent.

Secundo principaliter, en fauor de Rodrigo Mendez y de la dicha repeticion de masculinidad, haze que de comun consentimiento delos doctores de ambas partes, asi de los que negarõ la repeticion, en oraciones y substituciones diferentes que se refirieron en el tercero fundamento de la parte cõtraria, como de los que generalmente la concedieron, que quedan alegados en el fundamento passado, es concordia comun y assentada, que todas las vezes que el fundador del mayoradgo, o fideicomisso perpetuo llamo en los primeros llamamientos a solos varones por causa de conseruar con ellos su agnacion, que esta misma calidad de masculinidad, se presume auer querido que tuuiessen todos los demas sucessores y llamados, en quien expressamente no puso ni repitio la dicha calidad, aunque los dichos posteriores llamamientos y substituciones esten hechos en diferentes oraciones, ita in specie voluit Deci. consi. 480. prope finem, & consi. 515 num. fin. Ruin. cons. 117. & cons. 134. & cons. 140. vol. 2. Socin. Iunior. cons. 128, in prima subscriptione, prope finem, quos cũ aliis retulit, in proposito Alex. Trentacin de substitutionibus. 4. parte. cap. 7. num. 11. versi. *aut expressi masculinitatis*, qui communem dicit post Cephal. consi. 68. numer. 16. & sequent libr. 1. & Silua. consi. 64. numer. 18. in fine vltra quos, eandem distintionem, & concordiam amplectitur Paris. consi. 38. numer. 32. lib. 2. Zazius consil. 3. numer. 56. vol. 1. Curtius Iunior. consi. 114. numer. fin. libr. 2. Socin. Iunior. consi. 103. numer. 55. lib. 1. Alcia. consi. 632. nu. 2. Rubius Alexandrinus, consi. 31. numer. 6. Mantica de coniect. vltimarum voluntatem. libr. 11. titul. 14. num. 7. & 24. Cephal. cõsi 484. numer. 54. lib. 4. Bursa. cons. 1. numer. 37. versic. præterea volum. 1. Thobi Noni. cõsil. 36. numer. 20. Menoch. cõsil. 95. numer.

92.lib.1.& consi.585.per totum lib.6.Geronim. Grabi. cōsil. 97. numer.15.lib.1.& consi.100.numer.35.lib.2:Hondede. consi. 57. numer.34.&.50.&.65.vers.5.Aquil.Pedro.consi.5. numer. 56. & sequen.Molin.& alii Regnicolæ,quos refert.Albar.de coniectura tamente lib.2.cap.3.§.4.numer.24.qui omnes addendi sunt, Antonio Pereg.de fideicommis.articulo.25.numer.47.& sequi.quo loco plures alios doctores idem tenentes recenset, y en nuestra disposicion es cosa assentada,que el llamamiēto que el testador hizo delos varones,en los primeros llamados, que fueron de sus tres hijos y sus descendientes,fue por conseruar en ellos su agnacion verdadera,aunque no excluyera expressamente hembras, vti Bart.probat,in.l.cum auus,num.4.ff.de cond. & demonstr. Brun.de statuto excludente fœminas artic.3.principali.Deci.cōsil.15.numer.6.Crauet.cōsil.236.numer.10.versi.ad hæc.Ripa.in l.Centurio.numer.164.ff.de vulga.Paris.consi.11.numer.17. & sequent.libr.3.Grego.in.l.3.tit.13.part.6.verbo.*mugeres*.Burgos de Paz.in prœmio legum.Tauri.numer.122.Aluarado de coniectu ratamente lib.2.capit.3.§.4.num.6.Molina multis citatis de primog.libr.3.cap.5.numer.25.& ex nouioribus Iacob.Bere. consil. 116.numer.17.Panci.consi.94.num.21.Antoni.Grabi.lib.6.communium opinionum tit.de verborum significatione conclusione.6.numer.106.Petrus Bimi.consi.2.numer.37. Y mas sin duda auiendo expressamente excluydo las hembras como consta de las palabras de nuestra clausula:ibi. *maguer aya hija*, quo in casu extradubium est,vocationem masculorum factam fuisse ob rationem conseruandæ agnationis,vti Beroius probat.consil.96. numer.6.Ruin.& alii citati a MontePico consi.100.numer.109. cui addo Hypoli.Rimin.Iunior.innumeros citantem,consi.565 numer.29.& latius consi.544.numer.79.cum sequent.lib.5. vbi plura notanda in proposito cumulat.Contra lo qual,no es considerable la replica que la parte contraria haze del llamamiento que el testador hizo de sus hijas:con las quales, y mayormente con sus descendientes,aunque fueran varones, no pudo conseruar su agnacion,como queda prouado en su lugar:porque fuera dela principal respuesta que resulta dela repeticion general que el testador hizo en la clausula final, que se apuntara en su lugar se responde facilissimamente.¶ Lo primero, que presupuesto q̄ la repeticion de la masculinidad, se a de hazer en vniformidad del primero llamamiento,que es la institucion,de donde como a pendices cuelgan y se regulan las substituciones siguientes(co

mo latissimamente queda prouado en el fundamento passado, auiendose de regular este octauo llamamiento: *del mayor del linage*,(a donde el testador no repitio esta calidad)conforme al primero llamamiento dōde la puso, y auiendola puesto alli por cōseruar su agnacion, dela misma suerte se presume que la repitio en este octauo, para que la persona que sucediesse en virtud del, en la mexor manera que pudiesse fuesse conseruando en sus descendientes varones la misma calidad, y para el mismo effeto q̄ el testador la auia puesto, y puso en el primer llamado: y aunque en este vltimo llamamiento no concurriesse tan entera la misma calidad, para la conseruacion de agnacion, como el testador la puso en el primer llamado(presupuesto que aquel era verdadero agnato, y el que sucediesse por el octauo, podia no serlo, como no lo fue Pedro Cabrera, cabeça y ascendiēte de ambas partes) pero basto para satisfacion dela repeticion dela calidad dela masculinidad, y del effeto de la agnacion para que se puso, que el sucessor por el octauo llamamiento la imitasse en todo lo mas que pudiesse conforme a la voluntad del testador, quia similitudo, & æquiparatio suficit, quod substineatur in omnib9, his quæ secundum naturam dispositionis magis similitudinarie substineri possunt, iuxta tex. in. l. quod Nerua. ff. depositi, & in. l. cum is. §. fin. ff. de condi. indebiti declarat subtiliter, Sarmiento in libello quem fecit defensionum ad tractatum de reditibus. 1. par. Monito. 25. numer. 2. & conducunt notata a Craue. de antiquitate temporum. 4. part. numer. 162. Albert. de agnoscēdis assersio. quæst. 24. numer. 9. tomo. 11. tractatuum nouiorum. part. 2. eleganter, Grego. Lupus in. l. 2. tit. 33. partit. 7. glos. la semejança, per totam, ex quo fit, que hallando como hallamos en los descēdientes delas hembras, dos varonias distintas y diferentes, vna q̄ deciende por linea masculina, tomādo por cabeça a su hijo primero varon: y desde el por todos los demas varones, inmediatamente descendientes de varones, y otra que desciende por linea fæmenina, no atendiendose a mas del sexo masculino de qualquiera hembra, y por qualesquiera hembras que descienda, paraque corra la similitud y æquiparacion que el testador quiso que tuiessen los varones dela hembra, con los varones del varon(que son propriamente agnatos) se a de restingir solamente, respecto delos varones dela linea masculina, y no a los de la fæmenina q̄ no tienen tanta similitud con los agnatos verdaderos, ita post Capran. Alex. Rimin. Ripa. Deci. Ceroni. Grat. Paul. Leoni. Rimin.

min·Iunior·Simonem de Prætis,& Marza.probat Antoni.Peregri.de fideicommiſ.art. 26. numer. 16. At vero quod maſculi ex maſculis,deſcendentes exfemina,dicantur deſcendere,ex ea per lineam maſculinam,conſeruentq; quandam fictam agnationẽ, (veræ magis ſimilem)quam conſeruare nequeunt (etiam ficte) alii maſculi deſcendentes per plures fæminas, & ſic per lineam fæmeninam prouauit doctiſsime Paulus de Caſtrens conſil .40.numer.5.& conſil.91. numer.4. libr.2. Laurent. de Palaci. in tracta.de ſuceſsio. Maſcu.exclud.fæmi. 2. part.numer.36.verſi.ſed ad hoc reſpondetur, quam opinionem ſequitur Soci.Iuni.conſi.69.numer.19.lib.3.& conſi. 2. num. 32. eod.lib.Iaſſ.conſi.115.numer.30.volum.4.Ruin.conſi.18.numer. 4.&.5.lib.3.Hipoli.Rimin·conſi.313.num.16.cum ſequent.lib.3. & conſi.782.n.41.lib.7.Burſ.con.228.n.29.& conſi.229.n.20.lib 3.Pariſ.cõſi.18. n. 42.& conſi.19.num.33.libr.2.Cephal.conſi. 251 numer.4.&.15.pudiendoſe pues repetir mejor en eſtos varones dela hembra)que deſcienden della por linea maſculina) la calidad de maſculinidad que el teſtador puſo enel primero llamado,para con ella conſeruar ſu verdadera y perfeta agnacion, reſpeto deſtos ſolos ſe preſume que el teſtador quiſo repetirla y no delos otros,que ni fictamente podian ni pueden cõſeruarla. Lo qual procede mas ſin duda en hembra deſcendiente dehembra porque con ella,no ſolamente no ſe conſerua,ficta niverdadera pero ſu ſexo femenino,es derechamente contrario al maſculino que el teſtador expreſſamẽte quiſo tuuieſſen los suceſſores y poſſeedores deſte mayoradgo,y no como quiera:ſino con expreſſa excluſion del femenino,fuera delas perſonas de ſus quatro hijas a quien conocio y llamo por ſus proprios nombres ¶ Lo ſegundo ſe reſponde,que no es buen argumento:llamo el teſtador hẽbras en alguna parte dela ſuceſsion,luego enel grado donde llamo varones de varones,no quiſo conſeruar agnacion,como Molina recitatis aliquibus velle videtur lib.3.cap.5.numer.50.quia hæc eius aſſertio declaratione maxima eget. Et vt materia iſta facilius percipiatur,ſunt deſtinguendi quatuor caſus,o llamamientos de varones que los teſtadores ſuelen hazer en ſus mayoradgos,para conocer,en qual,o quales dellos, quiſieron conſeruar ſu agnacion,y puſieron la calidad de varonia para el dicho effeto.¶El primero caſo es,quando el teſtador auiẽdo fundado ſu mayoradgo en varon agnato,llamo abſolutamente ſus deſcẽdientes varones,ſin llamar en ningun lugar hembras,ni deſcen-

dien

nota.

dientes dellas,y en eſte caſo la comun corriente de todos los Doctores es,que el llamamiento de varones ſe puſo ſolo para conſeruar en ellos la agnacion,y eſte no es nueſtro caſo. ¶ El ſegundo caſo es el nueſtro,quando el fundador llamo en primer lugar a algun agnato ſuyo varon y a ſus decendientes varones,y a falta dellos llamo a alguna hembra,y a los deſcendientes varones della. En eſte caſo los Doctores eſtan diuididos en cõtrarias opiniones,reſpeto dela ſignificacion de la palabra (varon) pueſta en los deſcendientes del primer agnato,ſi ſe puſo o no, por conſeruar en ellos ſu agnacion,porque pueſta por eſta cauſa y para eſte efeto,ſolamente ſe comprehenden varones de varones y no varones de hembras,ſecus autem aliàs,y en eſta controuerſia la opinion mas verdadera y comun es:que en el grado dela inſtitucion,o ſubſtitucion que el teſtador llamo agnato varon : y a los deſcendientes varones ſuyos,que en aquel grado quiſo cõſeruar ſu agnacion,y llamo varones por eſte reſpeto,y no ſe excluye eſte fauor de agnacion en el dicho grado y llamamiẽto por la ſubſtitucion ſiguiente en que el teſtador llamo hẽbra,o deſcendientes della,ita in ſpecie prouat Rube.conſi.22.nume.10.Iacob. Puteus,deciſ.175.lib.2.Decia.reſponſo.127.numer.10.17.20.&.24.libr.3.Caualca.deciſ.18.numer.18.verſ.6.ad finem.3. part. Gratus, conſil.120.numer.36.&.37.lib.2.Hypoli.Rimin.Iunior.cõſ.327 numer.26.verſi.non omitto,& conſi.23.nume.38.vbi alios citat Crauet.conſi.103.in prin.Ruin.conſi.110.numer.14.libr.2.optime Socin.Iunior.conſ.180.numer.31.& ſequent.lib.2.Monte Picus.conſi.96.numer.122.verſi.non obſtat,Cephal.conſil.251.nu.48.cum ſequent.Gerar.Mazo.conſi.6.numer.9.Mieres de Maioratibus.2.part.quæſt.6.nu.65.Geroni.Gabri.conſi.116.nu, 13.lib.2.vbi alios refert [redacted].qui omnes adendi ſunt ad Molinam.d.cap.5.numer.50. vbi alios recenſet.Y aunque el miſmo autor alli refiere algunos doctores que tienen la contraria opiniõ,pero mirados en ſus originales,vnos no la dizen,y otros dizen la contraria. ¶ El tercero caſo es: quando el inſtituydor fundo ſu mayoradgo en alguna hembra,ó varon cognatos,llamandoles en primer lugar , y deſpues ſubſtituyo ſus hijos y deſcendientes varones , en eſte caſo, como por auerſe fundado el mayoradgo en hembra ó varõ cognato,no pueden los varones deſcendientes dellos cõſeruar la agnacion del fundador,los doctores ſe diuidieron en dos partes,an (ſcilicet)ex maſculorum vocatione maſculi tã tum per lineam

maſ-

masculinam,an etiam per fœminam descendentes comprehendantur. Y aunque este no es nuestro caso,porq̃ en el el fundador no instituyo este mayoradgo en hembra pero para mayor comprouacion de nuestro intento,se aduierte en el,que grauissimos doctores tuuieron,que el llamamiento de varon,solamente comprehende varon de varon,y que en ninguna manera se puede admitir varon de hembra,saltem,hasta estar acabados los varones dela linea masculina dela hembra instituta.pro vt cōstat ex [redacted]. & aliis quos omitto.¶El quarto y vltimo caso es,quando el fundador fue hẽbra,y llamo en primer lugar sus hijos varones, y a los varones descendientes dellos,y despues alguna hẽbra. Y este caso es propriamente eldel mayoradgo de Montaluo,deque se tratara enla segunda parte deste papel,en el qual como alli se referira,la mas comun y verdadera opinion,es,que apelatione masculorũ,tantum masculi exlinea masculina comprehenduntur,pro qua opinione contra Manti.in vna & eadem facti specie consuluerunt Menoch.Cephal.& Peregri.pro quibus iudicatum fuit venetiis ex consil.70.virorum vt ipse,Pereg.refert de fideicomiss.articulo.26.numer.19.Por manera,q̃ aunque en los dichos llamamiẽtos absolutos devarones(quando expressamente no consta lo cõtrario)siempre son preferidos los varones dela linea masculina, y nunca se admiten los dela fœmenina,sino a falta de los primeros,pero lo susodicho es mas sin duda enel llamamiento de nuestra clausula,quando el fundador fue varon,y el primer instituto varon y agnato suyo: por que aunque en otros grados de sus substituciones y llamamientos a falta de los agnatos llame el testador a alguna hembra,o varon cognato,siempre en los primeros llamamientos se presume,que el fundador quiso conseruar su agnacion,y que por este respeto llamo varones, sin que el dicho fauor se excluya,ni cesse en el dicho primer grado,por el llamamiento segundo de cognatos,hecho ensubstitucion y grado diferente. Conforme a lo qual,resoluiendo esta oposicion respõdo a ella,que siendo conclusion certissima,y sin duda,que enla disposicion de nuestra clausula,el llamamiento de varones descendientes de Martin Fernandez (primero llamado) lo puso el testador por razon de conseruar en ellos y fauorecer su agnaciõ y que este fauor no se excluyo,ni cesso por el llamamiẽto de las hembras hecho en la quarta y siguiẽtes substituciones,que consecutiuamẽte la dicha calidad de masculinidad,puesta en el di-

cho primero llamamiento, se repitio en el octauo simplemente hecho, aunque estuuiera puesto en diferente oracion, por el fauor dela dicha agnacion, iuxta mentem doctorum quos in principio huius fundamenti citaui.

Tercero principaliter, que este octauo llamamiento del mayor del linage (aunque hecho por nombre collectiuo) se restrinja y limite a solos varones, se prueua tambien desta manera. La repeticion de calidad pende de la coniecturada y presumpta volũtad del testador, vti supra probatum extat, ex Menoch. multis recitatis consi.585.numer.2.lib.6. Y todas las vezes que consta (etiam præsumptiue) que el testador en su disposiciõ tuuo mas amor a los varones que a las hembras, excluyendolas en los primeros llamamientos: siendo de personas mas amadas (como queda aduertido en su lugar) las palabras collectiuas se restringen a sola comprehension de varones, dela mismasuerte, q̃ si el testador expressamente añidiera y repitiera la dicha calidad, y dixera en nuestro llamamiento, que despues delos descendientes varones de su quarta hija, sucediesse el varon mayor de su linage: iuxta tex. in cap. 1. §. & si clientulus de aliena fæud. Bart. Alex. & cæteros in. l. Gallus. §. etiam si parente de lib. & posthu. & post eundem Alex, Ruin. Alciat. & Socin. Iuniorem, ita in specie nostra probat Monte Picus. consi. 96. pro Duce de Alburquerque, numer. 116. Y aunque esta conclusion, es generalmente verdadera en todos los collectiuos simplemente puestos, es mas sin duda enel collectiuo de nuestra clausula ibi. *el mayor del linage*, estando puesta en la vltima substitucion y llamamiento de toda la disposicion pro vt in eo probant Curti. Iunior. consil. 154. numer. 10. Crauet. consi. 180. numer. 1. & consi. 306. numer. 5. Soci. Seni. consi. 63. numer. 14. vol. 1. versi. 3. quia vult. Pereg. de fideicomiss. artic. 22. sub. num. 25. versi. nam reperio, & articul. 25. sub num. 47. versi. sed vltra hos addo, quæ conclusio confirmatur, quia collectiuum semper restringitur, & interpretatur iuxta maiorem, & preponderantem dispositionis partem, vt in. l. quæritur. ff. de statu. hominum. l. repetandarum. §. hermaphroditus. ff. de testibus. Tiraquel. de retracta. §. 30. glos. 1. num. 10. At cum testator in dispositione nostra maiorem rationem habuerit masculorum, quam fæminarum, cum eos frequentius vocauerit, fæminis ante ponendo, collectiuum postea subsecutum positum in octaua, & vltima substitutione (& si aliàs in distincte fæminas,

nas,& masculos comprehendat)in nostra tamẽ clausula ad mas culos tantum restingendum, & limitandum est, eo quod eius interpraetatio summenda est,a sexu masculino, tamquã maiori,& praeponderante in ista dispositione,ita in specie nostra argumentatus fuit MontePicus.d.consi.96.num.104.post gratum respon.9.num.146.lib.1.

Lo quarto,este mismo intento y repeticion de masculinidad para el octauo llamamiento y descendiẽtes del,se haze mas preciso y fuerte,aduirtiendo que este octauo llamamiento esta copulado con los demas por aquella conjuncion(y)de cuya naturaleza est exequare per omnia copulata ipsa,ac illa ad vniformem dispositionem reducere.l.quamuis vbi Bald. C. de impube.& aliis substi.idem enim statuendum esse dicimus de vltimis copulatis,quod de praecedentibus,quibus copullatio fit.l.cum delanionis.§.asinã ibi.*primis quibusq; proxima copulata procedunt.* ff.de fundo instructo instrumentoq; legato, quo argumento dictus Ancharr.consi.137.numer.2.in specie nostra dixit,qualitatem praecedentis substitutionis caenseri repetitã in sub sequent. ob vim huius copulae.Et magis in indiuiduo nostro loquendo in qualitate masculinitatis hoc ipsum cõprobauit Menoch.consil.585.num.5.lib.6.cui addo in eodem etiam casu Montepicum d.cons.96.numer.57.vbi alios refert.

Quinto,haec sentencia fulcitur,autoritate Castrensi.cõsi.79.lib.2.quem secuti sunt. 53. DD. quos enumerauit Menoch. consi.95.num.95.vol.1.quibus alios adiunxit consi.150.num.54. lib.2.& consi.204.num.46.versi.3.& vltimo lib.3.vbi scripsit 64 DD.prouasse sententiam hanc ac demum consi.549.num.8.lib 6.alios cumulauit,qui omnes profitentur,quodquando testator filios instituit,neptes autem exclusit,& post filios vocauit maiorem,seu proximiorẽ suae familiae in illo nomine collectiuo non censetur inclusa faemina,tum ea ratione,quia testator magis prę sumitur diligere neptem,quam pro neptem,adq; ita de singulis ratione maioris proximitatis. l. si viua matre.C.de bonis mater. tum etiam,quia maioratus suapte natura censetur institutus,vt agnatio conseruetur teste Soci.consi.47.numer.6.lib.3.Paris. cõsil.72.num.81.lib.4.Petro Bimio consi.2. num.33.Memoria quippe hominum praesertim nobilium & eorum genus & famillia, magis propagantur ab ipsis masculis agnatis, ex quibus fit fere

pe-

peremnis,& perpetua a fæminis vero, extinguntur & traduntur obliuioni cum in alteram (nempe mariti) familiam transeant, vt Pulchræ Ruin. in proposito considerat, consi.24.num.7. vol. 2. Curti. Iuni. consi.21.num.5.& consi.115.nume.22.in fine Rimi. consi.2.numer.46.& sic quod isto casu appellatione generis & familiæ fæminæ non comprehendantur, responderunt Alex. cōsi. 38.num.6.lib.6. Albens.consi.19.num.11. Roland.consi.28. num 33. versi.& infortioribus terminis, lib.3. quos sequitur Menoch.d. consi.549.num.10.&.12.

Sexto vrget non parum, quia testator in hac sua dispositione hordinate plures gradus substitutionum fecit. Nam primo filios suos,& eorum descendentes masculos substituit.2.non existentibus masculis descendentibus ex filiis suis, filias proprias nominatim vocauit,& earum filios & descendētes masculos. 3. deficientibus masculis filiorum,& filiarum maiorem natu suæ familiæ, & generis substituit plures ij substitutionum gradus, in quibus semper testator vocauit masculos (exceptis personis suarum filiarum nominatim vocatis) significant testatorem de masculis etiam sensisse in tertio gradu, vbi volūtatem suam nō ita declarauit, quia aliás si de fæminis sensisset, id expresisset, vt expresit in personis filiarum suarum, quia in casibus, in quibus de fæminis sensit, eas manifeste vocauit vti in proposito declarat Tiraq. in.l.si vnquam verbo libertis numer.3.C.de reuocan. dona. Decia.consi.40.num.18.lib.1.& cons.46.num.16.lib.3. quibus accesit Menoch.d.consi.585.num.13.lib.6.

Lo septimo, todas las dificultades cesan con la clausula final que el fundador puso en esta disposicion (que la parte contraria llama epilogo delas substituciones passadas) cuyas palabras son las siguientes. *y qualquier que los heredare de los que dichos son, mando que lo aya con la condicion que yo mando que lo aya el dicho Martin Fernandez mi hijo, porque vaya assi de linea en linea, porq̄ quede para siempre en mi linage:* por esta clausula se prueua, que la voluntad del testador en ponella, fue reduzir a vniformidad (assi en la prohibicion de enagenacion, como en la calidad de masculinidad) a todos los descendientes delos ocho llamados, q̄ auia instituydo y substituydo en estos bienes, porque no queriendo el testador dexar el negocio en duda, puso y añidio esta clausula al fin de su disposicion, vsando en ella de vna generalidad compre-

prehensiua de todos los llamados y descendientes, para mostrar que en todos ellos queria que se guardasse lo que el auia proueydo y mandado en la sucesion de Martin Fernandez su hijo mayor, y primero llamado, por no auer enlos demas tan cumplidamente (como en este primero) proueydo la forma dela sucessiõ deste mayoradgo, ni repetido con tanta latitud en ellos, las calidades della, con la specificacion que auia hecho en el primer llamamiento: y para que la prouança y apoyo desta verdad corra con mas llaneza, es necessario presuponer dos cosas en la interpretacion y declaracion desta clausula. ¶ La primera que la repeticion y relacion que en ella se induze y haze, mira y abraça ygualmente todos los siete llamamientos, que el testador hizo despues del dela linea de Martin Fernandez, por dos razones. La primera por naturaleza y propriedad dela palabra (qualquiera) que es particular, o distributiua, cuyo effeto es insolidum, y en cada vno de los llamados cumplirse ygualmente la condicion con que fueron llamados iuxta tex. in. l. si quis in fundi vocabulo. 4 §. si quis hæredes instituerit, & in. l. qui filiabus. 17. §. si quis ita legauerit, & in. l. Lucius Titius in prin. 163. delega. 1. & in optima. l. si necessarias. §. si annua in fine. ff. de pignora. actione late Tiraq. in. l. si vnquam glos. *omnia vel parte aliquam*. nu. 5. & . 14. C. de reuocandis donat. & tradunt Bart. & cæteri in. l. hæredes mei §. cum ita. ff. ad Trebel. vbi præcipue Paul. nume. 4. Ripa. num. 18. & . 83. Zanch. num. 101. & . 102. cum aliis citatis a Pereg. de fidei comm. art. 3. numer. 29. & . 30. Particularis quipe, siue distributiua dictio sui natura singulas personas comprehendit, & in eis in solidum verificatur, secundum Alex. consi. 30. nu. 9. lib. 1. & consil. 75. num. 3. volum. 5. & consi. 109. nu. 15. libr. 7. quem sequitur Ruinus con. 177. sub numer. 10. volum. 3. Parisius consi. 49. num. 4. volum. 2. qui adducunt text. celebrem in. l. non destinguemus §. cum implures. ff. de arbitris, & Bart. late id tractãtem in. l. hoc articulo num. 2. & . 6. ff. de hæredibus instituendis quibus addo Crauetam, consi. 677. num. 4. lib 4. eundem Ruinum, optime loquentem consi. 76. num. 4. lib. 1. Rebuf. in. l. creditorem. 11. vers. *quilibet*. & vers. *at hæc dictio quelibet*, de verborum significatione Natt. consi. 675. numer. 27. volum. 4. Roland. consi. 70. num. 44. lib. 3. Thoma. Doci. consi. 151. num. 3. Riminald. Iuni. consi. 492. num. 16. lib. 5. Por manera, que cõforme a la propriedad de la dicion (qualquiera) lo mismo fue dezir el testador, *y qualquier que lo heredare*, ac si diceret: y Alonso y sus hijos, y el posthumo y los

suyos, y Eluira, y los demas sus hermanos, y los suyos, y el mayor del linage, y los sus hijos que heredaren este mayoradgo, guarden y cumplan la condicion con que yo lo mãdo a Martin Fernandez mi hijo mayor, porque la misma fuerça tiene la palabra qualquier, q̃ la nominaciõ specifica de cada vno de por si a quien se refiere. ¶ La segunda razon resulta delas palabras inmediatas a las precedientes ibi, delos que dichos son, las quales son repetitiuas y compreheñsiuas de todos los llamados, reduziẽdolos a vna misma vniformidad y calidades iuxta dotrinam Soci. Iuni. consi. 102. numer. 3. & consi. 134. numer. 37. vol. 3. Roland. consi. 30. numer. 21. vol. 4. Cephal. consi. 171. num. 2. & docet Bart. in. l. 1. §. hoc edicto. ff. de postulan. Pari. consi. 158. numer. 14. vol. 4. Hypol. Rimin. Iuni. consi. 37. numer. 8. &. consi. 251. num. 18. & consi. 247. numer. 123. a quibus plura iura, & innumeri doctores referuntur.

Lo segundo presupongo, que la condicion con que el fundador llamo a Martin Fernandez a la sucession destos bienes, tuuo dos partes, que sean en ella a manera de disposicion con su razon y causa, la disposicion fue la prohibicion de enagenaciõ de estos bienes que el testador puso al dicho Martin Fernandez, y la causa y razon fue, la restitucion que dellos auia de hazer ensu agnacion, videlicet, a sus hijos y descendientes varones de la linea masculina, y a falta dellos a su hermano Alfonso y a los descendientes del por la misma linea, sin embargo de que el dicho Martin tuuiesse y dexasse hija como cõsta delas palabras del llamamiẽto del dicho Martin Fernãdez, q̃ es a la letra el siguiente. Y *mandoselo con tal condicion que no lo pueda vender ni empeñar, ni enagenar, ni trocar, ni dar: ni cambiar, saluo que lo aya en toda su vida, y despues de su vida mando que los aya su hijo varon legitimo si lo ouiere, y si por ventura no ouiere varon legitimo (maguer aya hija) mando que lo aya Alfonso mi hijo.* Las quales palabras expuestas en su verdadero sentido, son lo mismo que si el testador dixera desta manera, *mando estos bienes a Martin Fernandez mi hijo mayor, con condiciõ que no los a de poder vender, trocar, ni enagenar. porque los a de restituyr a sus descendiẽtes varones, y a falta dellos a su hermano Alfonso y a los suyos.* Porque sintiendo el testador q̃ la prohibiciõ de enagenaciõ no valia sin expressar la causa y razon della, vt probatur in. l. pater filium. §. Iulius Agripa de legat. 3. & in. l. filius familias. §. diui de lega. 1. & in. l. 44. tit. 25. part. 5. cum aliis adductis a Molina de

pri

primog.lib.1.cap.6.numer.30.añidio luego la razon que le mouia a hazerla por aquellas palabras,ibi:*saluo que los aya en toda su vida,y despues de su vida,su hijo varon legitimo.&c.* por las quales declaro la razon que le mouia à hazer y poner la dicha prohibicion.Y a estas dos cosas(que son la dicha prohibicion de enagenacion,y la causa y razon que el testador tuuo parahazerla,que fue conseruar los bienes en su agnacion yvaronia)correspondierõ las dos razones que el testador puso en nuestra clausula final ibi.*Porque vaya assi de linea en linea:porque quede para siempre en mi linage*,a donde auiendo el testador mandado,que qualquierque heredasse este mayoradgo,lo ouiesse conla dicha condicion con que el lo auia mandado al dicho Martin Fernandez su hijo mayor:considerando que la dicha condicion puesta al dicho Martin tenia las dichas dos partes,vna la forma de la sucessión y restitucion destos bienes que auia de hazerse a solo losvarones descendientes del,y a falta dellos en su hermano Alfonso y los suyos,la otra la prohibicion perpetua de enagenarlos para conseruarlos en los dichos agnatos y varones,puso(como digo)en esta clausula final las dos razones susodichas correspondientes a las dichas dos partes dela condicion,dandolas por la que tenia,para repetir en todos los llamados lo que auia mãdado en la linea de Martin Fernandez,vna delas quales miro a la prohibiciõ de enagenacion ibi.*porque quede para siempre en mi linage*:otra a la forma dela sucessión,ibi:*porque vaya assi de linea en linea*,comosi mas claro dixera las razones que tengo para repetir en todos los llamados la condicion puesta a Martin Fernandez,en la qual se cõtiene la prohibicion de enagenacion destos bienes:y el auerlos de restituyr a solos sus descendientes varones,es,porque quiero que estos bienes queden perpetuamente en mi linage:y porque enel vayã assi de linea en linea,hoc est,como an de yr enla linea del dicho Martin Fernandez,dictio quipe illa (assi) est demonstratiua & restrictiua de eadem forma succedendi,quam testator posuerat in persona Martini primi vocati, et eius lineę iuxta optimam glosam in.l.Gallus in prin.vbi scribentes notant.ff.de li. be.& postu.late MontePicus,qui loquitur in casu nostro maioratus consi.100.nu.71.denotat namq; dictio (sic) omnimodam simillitudinẽ.l.libertus.§.hac scriptura.ff.de manu.testa.& stat semper illatiue ad precedentia Ruin.consi.184.nu.6.lib.2.text. in.cap.frequens in principio de resti.spoli.Alex.consi.282.num 3.vol.7.Deci.consi.271.num.6.& consi.384.num.3.Hende.consi.

64.num.7.& consi.78.num.19.Marza.consi.61.num.166.restringitq; dispositionem ad personas specifice nominatas.l.Lucius.§.qui habebat ad Trebel.Deci.consi.227.num.6. & consi.521.nu.16.Paris.consi.20.numer.47.& consi.21.num.38:vol.2.Decia.cō.7.num.62.Achil.Pedroca.consi.38.numer.78.& sic semper repetit præcedentia cum suis omnibus qualitatibus secundum Alberi.in.l.pater.§.fundum nume.fin.delega.2.Ruin.consi.170.numer.2.libr.2.Rimin.Iuni.consi.512. numer.106. libr.5.Honded.d.consil.64.numer.7.Marza.d.consi.61.nnmer.166.cum sequentibus.

Con estos dos presupuestos, de que el testador en esta clausula final reduxo a todos los siete llamamientos (despues del de Martin Fernandez) a vna vniforme y semejante sucessiō, en virtud dela palabra (qualquier) y delas immediatas: ibi: *delos que dichos son*, y finalmente dela dicion (assi) como queda en cada vna cosa dellas aduertido. Y assi mismo presupuesto que la condiciō puesta a Martin Fernandez tuuo dos partes, vna la prohibicion de enagenacion destos bienes, y otra la causa y razon de prohibirla, que fue para que quedassen perpetuamente en su agnaciō y varonia, entra con llaneza la interpretacion y declaracion desta clausula final: y de lo que el testador quiso proueer y disponer en ella: que fue que todos los dichos siete llamados (despues de Martin Fernandez) no solamente no enagenassen estos bienes: pero que los restituyessen a las personas q̄ tuuiessen la misma calidad, que auian de tener aquellos a quiē los auia de restituyr el dicho Martin Fernandez, videlicet, a sus hijos y descendientes varones, y en ninguna manera a hembras, en tanto casoq̄ no auiendo descendientes varones del vltimo moriente (aunq̄ vuiesse y dexasse hija) el mayoradgo passasse a otra linea diferēte buscādo qualquiera varō de varon, descendiēte dela persona en quien vna vez vuiesse entrado el mayoradgo (como atras queda muchas vezes repetido) y siendo como es esta clausula final relatiua y repetitiua dela condicion puesta al dicho Martin Fernandez, en la qual (vt probatum extat) se comprehendieron la prohibicion de enagenacion delos bienes, y la forma dela restitucion dellos (como causa y razon final de la misma prohibicion) la relacion a de ser de por fuerça a todas las partes que la condicion tuuo, y no se puede diuidir, antes seria absurdo dezir que solamente refiera la vna dellas, que es la prohibicion de enagena-

cion

cion vt doctissime Bero.declarat consi.64.num.35.lib 2.quem sequitur(eum in hoc laudans)Hypoli.Rimi.Iuni.consi.560.numer.30.cũ sequent.lib.5.cuius dicti est,ea potissima ratio.Quia omnia dicta,& comprehensa in termino relato seu,ad quẽ fit relatio cõtinẽtur,& pro expressis habẽtur in termino referẽte,ita post Bart.Soci.Deci.& Curt.probat.Rim.consi.19.n.43.lib.. & cõsi.547.n.6.lib. 5. qua propter est apud omnes consumatissimum,non solum substantiam sed etiam omnes qualitates termini relati repetitas cenceri in termino referente iuxta plura congesta ab eod.Rim.d.consi.547.numer.5.Pancir.consi.94.nu.26. Iacob.Bæret.consi.43.num.8.& consi.113.numer.7.& consi.116. numer.57.& consi.134,numer.7.hinc euenit vulgata illa conclusio immateria ista relationis habens,quod referens restringitur, ampliatur,& declaratur ab his quæ continentur in termino relato vt per.DD.in authen.si quis in aliquo documẽto.C. de edẽdo Paul.Castren.consi.376.secundum nouam impressionẽ vers. sed alia.vol.1.pulchre Deci.consi.63.num.6.Casanc.consi.55.numer.12.Gozad.consi.10.num.9.Bimi.consi.1.nume.6.quinimo quando relatio fieri potest ad vnum & ad plura. & materia est fauorabilis(vti reputatur masculorũ sucessio) relatio fit ad illud ex quo resultat magis fauorabilis conuersio secundũ Alex. consil.48.numer.6.lib.1.Gratum responso.64.num.8.lib.1.Montepicum consi.100.numer.103.Y con mas razon quando la parte fauorable es la mas principal en la oracion, porque estonces a ella sola relatio fieri debet secundum Bart.in.l. si cui. §. si a filio delega 1.Alex.consi.171.numer.4.vbi Moline.lib.6.Deci. consi. 593.num.4.Iacob.Bæret.consi.76.numer.10.in principio, ex quo fit,que como en la clausula donde se pone la prohibicion de enagenacion,lo principal della,es la razon que el testador tuuo para ponerla,esta como tal se atiende primeramente,y della se regula toda la disposiciõ,vti cum iuditio animaduertit Loaces in repeti.§.diui.numer.121.post Corneum.consi.178. in prin. versi. præterea lib.1.quos sequitur Hondede.consi.58.num.14. ex ratione quipe qua testator motus fuit ad alienationem prohibendam tota ipsa dispositio interpretatur, & intelligitur teste Ange.consi.169.in principio Socin.Iuni.consi.20.numer. 40. lib.1. Honde.dicto.numer.14.la razon desta exclusion esta en la mano,porque en tanto vale la prohibicion de enagenacion,y el prohibido esta obligado a obedecerla en quanto es juridica la causa y razon que le mouio a ponerla aliàs habetur pro nudo præcepto,& eam obedire prohibitus non tenetur vt supra animaduerta,

ſum manet ex Molin.lib.1.cap.6.nu.30.epilogando pues lo que queda conſiderado en eſte ſeptimo fundamento declaratiuo de la clauſula final de nueſtra diſpoſiciõ digo,que dela miſma fuerte que el fundador proueyo q̃ a Martin Fernãdez ſu hijo mayor no le pudieſſe ſuceder hembra,aũque fueſſe hija ſuya,y que muriendo ſin decendientes varones paſſaſſe la ſuceſsion, buſcando varon aunque fueſſe de linea,diferente de la propria manera,tãbien mando y proueyo lo miſmo en el mayor del linage, y entre ſus deſcendientes en quien oy eſtamos,porque a todos los llamados y poſſeedores deſte mayoradgo los reduxo por eſta clauſula final a vna vniforme ſuceſsion ſemejante a la del dicho Martin Fernandez.

Lo octauo y vltimo,quando todo lo dicho ceſara,baſtara para vencer eſte pleyto la executoria que Franciſco de Tamayo gano contra Pedro Cabrera aſcendiente comun de ambos litigantes,hijo de doña Ynes Alfonſo,y nieto de Alonſo Martinez hijo ſegundo del fundador,en cuya ſentencia de Reuiſta dela dicha executoria,conformandoſe los juezes con la voluntad del dicho fundador y con la clauſula de ſu teſtamento,a donde fundo eſte mayoradgo(que eſtas ſon palabras formales dela dicha ſentencia)ſe declaran tres coſas, delas quales pende oy la determinacion de nueſtro caſo.¶ La primera,que entrãdo (como entra)eſte mayoradgo en la perſona del dicho Franciſco de Tamayo(en excluſion de Pedro Cabrera)deſcendieſſe y ſe continuaſſe en ſolos ſus hijos y deſcendientes varones, de varon en varon como conſta dela dicha ſentencia ibi.*que el dicho Franciſco de Tamayo,y deſpues del ſu hijo varon legitimo ſi lo ouiere,y deſcendientes varones legitimos del*,y mas claramente infra:ibi,*en tal manera que el dicho Franciſco de Tamayo por toda ſu vida:aya y tenga los dichos bienes y heredamientos,ſanos y enteros,e deſpues de ſu vida,ſi el dicho Franciſco de Tamayo ouiere hijo varon legitimo,o nieto de hijo varon,que el tal hijo ò nieto,o deſcendientes varones legitimos:toda via de hijo varon,ayã los dichos bienes,e ſi el dicho Franciſco de Tamayo muriere ſin hijo varõ legitimo,e de ſus deſcendientes legitimos varones,(aunque dexe hija)que no aya ni herede los dichos bienes,y en tal caſo,aya y herede los dichos bienes aquel varon legitimo que los deue auer y heredar ſegun la voluntad del dicho Iuan Martinez,contenida y declarada en la dicha clauſula.* ¶ La ſegunda,que muriendo el dicho Franciſco de Tamayo ſin hijos y deſcendientes varones,y ſi dexaſſe hija, no lo heredaſſe

la

la susodicha,y passasse la sucession a otra linea,como parece de la dicha clausula ibi:*aunque dexe hija que no aya ni herede los dichos bienes.&c.*¶La tercera,que enel dicho caso solamente sucediesse varon dela linea siguiente,el que conforme a la volũtad del fundador deuiesse suceder,ibi,*y en tal caso aya y herede los dichos bienes aquel varon legitimo.&c.*Por manera,que por esta sentencia hallamos ya en nuestro fauor interpretada y declarada la voluntad del testador,videlicet,que en este mayoradgo,solamente sucedan varones de varones,ora sean descendientes del vltimo posseedor,o no,y que hembra,aunque sea hija del tal posseedor, no pueda suceder enel.La qual determinacion y declaracion,hizo pleno perjuyzio y cosa juzgada contra los q̃ oy litigan,por quatro razones.¶La primera,por ser declaracion y sentencia del Senado y tribunal supremo del Principe: la qual tiene fuerça de ley,no solo auiendo sido pronunciada sobre declaracion del mismo mayoradgo y voluntad del testador,y dada contra el ascendiente comun delos litigãtes,y por cuya cabeça y persona entro el mayoradgo en la linea que oy esta(como luego se dira) pero aunque la dicha executoria se vuiera ganado entre otras partes y sobre diferente mayoradgo,siendo las palabras y clausula toda vna,vt.DD.notant in.l.vltima.C.de legibus Iass.in.l.1.num.5.ff.de constitu.Princip.Boer.quæst.255.colun.3.Paris.consi.76.nnme.29.lib.4.qui alios recensent licem enim exemplis iudicũ inferiorum iudicandum nõ sit.l.nemo.C.de sent.& interlo.omni.iudi.attamen exemplis supremorum iudicium esse iudicandum,scripserunt.Imol.in.l.apud Iulian.§.vtrũ.num.3.vbi Alex.num.4.ff.ad Trebel.& multi alii quos congessit Menoch.de presumptionibus lib.1.quæst.1.numer.20.quibus addo Socin.regu.226.Falen.1.aflictis decisio.383.numer.8.Zazius, in rubrica de exceptio.numer.7.Plotum.in.l.si quando.num.156.C.vnde vi Gamo.decis.228.per totum cælebris tex.(anemine quem viderim notatus)in.l.filius emancipatus.ff.ad legem Corneliam de falsis:ibi,*sic enim in veni senatum cẽsuisse.*Est quipe Senatus autoritas in his iudiciis non variare secundum Neuisa.in Silua nuptiali,lib.5.num.62.quem Cephal.sequitur consi.176.num.33.lib.2.præmaxime quando prima sententia fuit cũ deliberatione pro lata secundum Alciat.de præsu.regu.1.præsu.51.numer.4.Paris.consi.91.numer.48.lib.3.¶La segudda razon,por donde esta executoria hizo cosa juzgada,y causo pleno perjuyzio a losque oy litigan,es por la naturaleza dela materia presente de mayoradgos

gos:en la qual sentencia dada con los predecessores causa entero perjuyzio a todos los siguientes, conforme a la resolucion del señor Doctor Luys de Molina de primog. lib. 4. cap. 8. num. 3. quæ apud Hispana tribunalia receptissima est, & si iniuste eam Menoch. impugnet. consi. 501. numer. 3. versi. & si Ludouicus Molina lib. 6. ¶ La tercera razon es, porque siendo como son los q̃ oy litigan descendientes del dicho Pedro Cabrera, vencido enel dicho pleyto: y contra quien se hizo la dicha declaracion, es mas sin duda auerles perjudicado plenamente, ex adductis a Preside Couarr. practic. quæst. cap. 13. numer. 6. Padilla in: l. vnum ex familia. §. si de falcidia. numer. 17. de leg. 2. Menchaca de sucessionũ creatione. lib. 1. §. 6. num. 28. Molina. d. cap. 8. numer. 3. ¶ La quarta razon es, porque el dicho Pedro Cabrera ascendiente comun delos litigantes, por cuya persona y cabeça entro este mayoradgo en don Alonso Cabrera vltimo posseedor, padre de la parte contraria (luego que Francisco de Tamayo murio sin hijos varones) presento esta executoria ante la justicia de Cordoua: y pidiose le diesse possession destos bienes, como a varon a quien pertenecia la sucession deste mayoradgo, y se le dio mandamiento de possession, y la tomo delos bienes del: en virtud destos recaudos como consta dellos, que su fecha es a dos de Iulio, del año de mil y quatrocientos y ochenta y ocho, que estã presentados por la misma doña Maria Cabrera, y auiendo entrado por este derecho y titulo el mayoradgo en la linea y descendencia del dicho Pedro Cabrera, no puede la dicha doña Maria ni otro descendiẽte suyo impugnarlo ni contradezirlo. ex doctrina Ancharr. consil. 339. numer. 5. 11. & 12. singulariter Ripa, respon. 1. tit. de legibus nu. 72. & sequen. conducunt alia circa id ipsum supra congesta in prim. arti. vers. esta dotrina. fol. 7. tandẽ, quando esta executoria no parara entero y pleno perjuyzio a la dicha Doña Maria Cabrera, alomenos, aduersus eam & alios tunc non litigantes, fecit quale quale præiuditium secundum glosam. in. l. a sententia in princ. ff. de appellat. cum aliis adductis ab Alex. d. l. sæpe. num. 70. Crauetta. post multos de antiquit. tempor. nume. 25. cum sesequent. *Cephal.* vbi plures refert cõsi. 289. n. 3. lib. 2. & hoc quale qualæ præiudicium operatur, vt iudex facilior sit ad pronunciãdum iuxta talem sententiam inter alios latam teste Alex. d. numer. 70. versi. sed videndum est, habet namq; sententia pro se iuris præsumptionem, quod fuerit iusta, & sic indubio esse debet semper secunda primæ conformis, secundum Perusin. capit. de

Prio

Priore.n.2.de appel.Ceph.cõſi.678.n.73.&cõſi.714.n.fin.li.5.Mẽ noch.cõſi.110.n.1.maxime indubiis iuris quæſtionibus,& opinio nib9 cõtrouerſis teſte eodẽ Cephalo,cõſ.173.n.33.li.2.Cõtra todo lo ſuſo dicho y determinado en la dicha ſentẽcia de Reuiſta,no hazẽ repunãcia ni cõtradiciõ alguna las dos executorias q̃ſobre eſta primera ſe ganarõ enel dicho Cõſejo ſupremo:porq̃la primera que ſe gano en fuerça de ſegunda ſuplicacion interpueſta por el dicho Pedro Cabrera,ſe declaro y dio deſpues por ninguna, por la tercera que ſe deſpacho en veynte y ſeys de Iunio,del año de mil y quatrocientos y ſetenta y nueue,ſacada delos archiuos de Valladolid,con citacion dela parte contraria: por auerſe ganado la ſegunda con falſa y ſinieſtra relacion:no auiendo grado de ſegunda ſuplicacion,reſpeto de auerſe ganado la primera executoria en el miſmo Conſejo ſupremo de la ſeñora Reyna catolica,como conſta dela dicha tercera executoria annulatiua dela ſegunda,y quando ſe vuiera de eſtar a ella,y no eſtuuiera annulada por la vltima,tampoco podia dañar a nueſtra pretenſion, antes con ella quedaua mas fuerte y ſegura,preſupueſto la interpretacion que la ſeñora Reyna catolica hizo delas dichas ſentẽcias primeras:por lo qual ſolamente eſtã llamados y admitidos a la ſuceſsion deſte mayoradgo,varones deſcendientes de varones por linea maſculina como conſta de la ſegunda executoria ibi: *E fue por ellos aſſentado de voluntad y conſentimiento del dicho Pedro Cabrera,que optemperaſſe las dichas ſentencias en grado de Viſta y de Reuiſta que de ſuſo van incorporadas,con tanto que yo interpretando las dichas ſentencias en el dicho grado de ſuplicacion, è añidiendo a ellas mandaſſe proueer è proueyeſſe que las dichas ſentencias,è la carta Executoria por virtud dellas,dada en fauor del dicho Frãciſco de Tamayo,ouieſſe efeto è ſe guardaſſe e cõplieſſe cõ la moderaciõ e interpretaciõ y addiciõ ſiguiẽte,q̃ el dicho Frãciſco de Tamayo aya las dichas heredades para en toda ſu vida,e deſpues de ſu vida è fallecimiẽto,las aya ſu hijo varõ mayor legitimo,è de legitimo matrimonio nacido,è deſpues delos dias è fallecimiento del tal ſu hijo varõ mayor legitimo las aya ſu nieto varõ legitimo, è de legitimo matrimonio nacido, deſcendiente del ſu hijo varon mayor legitimo,è anſi lo aya el viznieto è los otros deſcendientes: tanto q̃ ſean varones mayores legitimos,de legitimo matrimonio nacidos, deſcendientes vno empos de otro por linea maſculina del dicho hijo varon mayor legitimo è de legitimo matrimonio nacido del dicho Franciſco de Tamayo,è ſi el dicho Franciſco de Tamayo,ſin dexar el dicho hijo varon legitimo y de legitimo matrimonio nacido,o el dicho ſu nieto o viznieto. &c. en fallecimiento dela linea maſculina mayor de deſcendientes de legitimo*

matrimonio del dicho Francisco de Tamayo: sea buelta la possessiondelas dichas heredades, al dicho Pedro Cabrera si fuere biuo, y si a la sazon fuere fallecido se buelua a su hijo mayor legitimo, o su nieto, o vizniето, o otro descendiente que a la sazon fuere biuo: con tanto que descienda por linea masculina del dicho Pedro Cabrera, y del dicho su hijo mayor varõ. &c.
Por manera, que a instancia y voluntad del dicho Pedro Cabre-
ra, y reconociendo la fuerça delos llamamiẽtos deste mayorad
go, y que solamente podian suceder en el varones descendientes
de varones por linea masculina se hizo por la dicha señora Rey-
na catholica, la declaracion susodicha, de que ni a el dicho Fran
cisco de Tamayo, ni al dicho Pedro Cabrera: pudiessen su-
ceder otras personas que no fuessen varones descendientesdellos
y no como quiera, sino varones descendiẽtes de varones, vno en
pos de otro por linea masculina, de suerte que por la dicha de-
claracion, no solamente quedaron exclusas las hembras descen-
diẽtes del dicho Pedro Cabrera por losvarones cognatos descẽ
diẽtes de hembras, y teniendo como tenemos declaracion he-
cha por el Principe dela forma desta sucession a instancia de la
persona de quien descienden oy los litigantes: y por cuya cabe-
ça entro el mayoradgo en la linea presente, de ninguna manera
puede impugnarla la dicha doña Maria, porque cõtra Pedro Ca
brera y toda su linea hizo cosa juzgada ley y derecho por la ra-
zon de Ancharrano y Ripa que quedan alegados en laquarta ra
zon deste fundamẽto. ¶ Tan poco daña la pretension suso dicha
y executoria ganada por Francisco deTamayo contra PedroCa
brera. La.3. y vltima executoria despachada en el mismo Conse
jo dela señora Reyna chatolica, el año de quatrocientos y seten
ta y nueue que annullo la passada, porque las palabras dellas, ibi,
Que los dichos cortijos los ayan y hereden despues delos dias y fin del dicho Francisco de Tamayo, e no teniendo hijos legitimos, aquel ò aquellos que segun la disposicion del mayoradgo los ouiere de auer y heredar, no
inouaron cosa alguna en la calidad delos sucessores, presupuesto
que son relatiuas delas personas que auian de suceder conforme
a la voluntad del dicho fundador. Las quales por la dicha execu
toria primera estauan declaradas, que auian de ser varones des-
cendientes de varones, y que hembra no pudiesse heredar (aun-
que fuesse hija del vltimo posseedor) y la relacion como queda
aduertido, no solamente repite y refiere la substancia de la dispo
sicion sino las calidades della por pequeñas que sean, secundum
traditur a Rimin. Iuni. consi. 547. n. 5. lib. 5. Pancir. consi. 94. nu.
26. a quibus innumeri citantur. Y assi las dichas palabras, *aquel*
que

que segun la disposicion del mayoradgo le ouiere de auer: se an de enten der de habilitate(hoc est) los abiles y capaces conforme a la voluntad del testador declarada por la dicha executoria, que son los varones descendiẽtes de varones de los posseedores, y de ninguna manera sus hijas ni descendientes hembras. Verba quippe generalia intelligenda & restringenda sunt de habilitate. l. sed & compromissum. ff. de arbitris. l. vt gradatim. §. & si lege, ibi. *sciendum est, hoc esse obseruandum, si idonei sint.* ff. de mune. & hono. late Bart. in. l. omnes populi num. 55. cum sequent. ff. de Iustitia & iure & passim, DD.

Tandem, aunque con lo susodicho traydo y considerado por nuestra parte queda plenissimamente respondido a los fundamentos contrario: pero para mayor satisfacion y claridad de nuestra justicia, se le yra satisfaziendo en particular a cada vno, refiriendo el lugar que fuere necessario deste papel, a donde mas plenamente se le a respondido.

Y al primer fundamento en que dona Maria pretẽde persuadir que Pedro Cabrera su rebisabuelo no entro en la sucesiõ deste mayoradgo por voluntad del fundador, si no por prouisiõ y desposicion de la ley que suplio la omissiondel testador, admitiendo ala dicha sucession indistintamente las personas aliàs exclusas por el fundador hembras y varones, como queda latamẽte aduertido enel dicho primero fundamento contrario, se responde lo primero, que el dicho Pedro Cabrera no fue perpetuamente excluso desta sucesion sino temporalmẽte en el entretanto que auia descendientes varones de varones delos tres hijos, y quatro hijas de instituydor, y assi no solamente se comprehendio y quedo llamado el Pedro Cabrera enel octauo llamamiento del mayor del linage, con que indifinitamẽte el fundador llamo a todos los varones que no auia llamado, ora fuessen descendientes de sus nietas, hijas de sus hijos, ora delas hijas de sus hijas. Pero la misma inclusion tuuieron los varones dela linea femenina, el dia que faltaron los de la masculina delos hijos y hijas del instituydor en virtud dela palabra, varon, que fue comprehensiua delos vnos varones y delos otros, pero sub ordinadamente, q̃ primero sucediessen los varones dela linea masculina, cõ losquales el fundador quiso conseruar su agnacion verdadera o ficta, y luego los dela femenina: como latissimamente queda prouado,

en

en este papel, assi enel segundo presupuesto que se hizo antes de llegar a nuestros fundamentos en la foja .15. vers. Lo segundo presupongo, como en la foja .21. vers. por manera. Assi que conforme a estas dos razones, la vna la generalidad del llamamiento octauo del mayor del linage, la otra la propriedad y energia dela significaciõ dela palabra (varon) quedo Pedro Cabrera llamado expressa y virtualmente por el instituydor a la sucession deste mayoradgo a falta delos hijos varones dela linea masculina delos siete especificamente llamados, y no tuuo aqui q̃ suplir la ley, porque el proprio testador lo dexo proueydo y ordenado. ¶ Lo segundo se responde, que por el mismo caso que el instituydor hizo mayoradgo perpetuo destos bienes (como consta del fin de su clausula ibi, *porque quede para siempre en mi linage*, & resoluunt citati a Molina lib.1.cap.5.numer.16. Simon de Pretis de interpretationem vltimarum voluntatum lib.3.interp.3.dubi.1.solut.10.num.8.cum sequent.) aunque para esta sucessiõ, no llamara mas de sus siete hijos y sus descendientes varones, y omitiera el octauo llamamiento in difinito del mayor del linage, se entendieran estar llamados todos los varones de la familia del mismo fundador, porque la suplecion q̃ en este caso haze la ley, es por la coniecturada voluntad del testador, que queriendo hazer mayoradgo y fideicommiso perpetuo tacita y virtualmente, presume que llamo toda su familia, y que no hazerla especificamente: fue porque sabia que en el dicho caso la llamaua el derecho para la perpetuydad dela dicha sucession. Iura nam præsumunt voluisse testatorem id quod iura ipsa isto casu volunt, cuius causa semper ad perpetuo censetur vocatus maior ex genere dispositione legis, mediante tamem testatoris iuditio: & eius tacita voluntate, & cum dicitur, quod non vocatus ad successionẽ non venit ex voluntate testatoris sub audiri debet (scilicet) expressa, secus autem ex tacita iuncta dispositione legis, verba sunt subtilia. Curtii. senioris (loquẽdo in iure accrecendi) post Paul. Areti. & Alex. consi.74. numer.2. versi. & benefacit, & numer. sequenti. Sucediendo pues por disposicion del derecho, pero fundada en la volũtad tacita y coniecturada del testador, el que no esta specificamente llamado por el, no se puede dezir con razon que el tal sucessor no esta llamado por el dicho instituydor, antes es cosa sin duda que viene a la sucession por su volũtad, y assi necessariamente a de tener para poder suceder la calidad que proueyo que tuuiesse la persona que le vuiesse de suceder, pues

seria

seria absurdo y contraditoria imposible, que sucediendose por voluntad del testador, suceda tambien contra la forma y orden dela misma voluntad. Cum vna dispositio non debet nec posit, diuerso iure censeri late Curt. Iun. consi. 70. num. 10. Caephal. cōsil. 195. quinimo, aunque la ley en este caso (preter voluntatem testatoris) criara esta nueua sucesion (como la parte contraria pretende) de por fuerça el llamado por la ley, auia de tener para poder suceder la calidad que el testador quiso que tuuiessen los demas sucessores llamados en este mayoradgo (hoc est) que fuessen varones dela linea masculina: y a falta dellos los varones de la femenina, porque no ay cosa que tanto el derecho siga en las sucesiones, como la voluntad expressa ó coniecturada del testador: y la calidad y forma que proueyo y quiso que se guardasse en ellas, aun en las personas que no llamo. Eo quodquadam praesumptione iuris presumuntur voluntates testantium (etiam in casibus omissis) cum omnibus suis qualitatibus semper durare vt late probat Menes. in. l. cum virum. num. 50. C. de fideicomiss. Peralta in. l. Lutius. La. 2. numer. 33. ff. delegat. 2. Spino. in speculo testam. gloss. 32. de codicill. numer. 3. cum sequentibus latissime Mant. vt vno verbo omnia referam de coniectu. lib. 6. tit. 13. per totum. 3. & vltimo, respondo a este primer fundamento contrario, que conforme a esta verdadera resolucion, mirados los lugares de Bald. Molineo, y los demas alegados enel, no solamēte no nos contradizen, pero son derechamente en nuestro fauor: porq̄ aunque justissimamente defienden que en la materia presente de mayoradgos o feudos perpetuos, solo se sucede iures sanguinis, aunque este el sucessor en millessimo grado, y aunque esté no llamado specificamente porel fundador: respeto dela naturaleza perpetua destas sucessiones, pero que el tal sucessor no este obligado a tener la calidad de masculinidad y varonia, o otra cō que los sucessores se abilitan y quedan capaces para suceder conforme a la primera fundacion del fideicomisso, o inuestitura del feudo, ni Baldo ni los demas Doctores lo dixeron: antes sienten lo cōtrario, pues reduzen las personas que an de suceder a la materia dela sucession en que hablan, y lo que mas es ninguno, mirado en sus originales, tiene que enel caso omitido no se suceda por voluntad del testador, o contra su voluntad, antes expressamente Baldo enlos lugares citados siente todo lo contrario enla misma conformidad de Curtio Senior enel consi. 74. que queda alegado arriba (videliscet) quod isto casu licet non vocatus speci-

cifice à testatore non succedat, ex expressa eius voluntate, attamen quod succedit, ex tacita & coniecturata fulcita legis dispositione. Et quia in hoc fundamento (tanquam omnis vera ratione carenti) non est quod amplius immoremur ad responsionem cæterorum via erit facienda.

Al segundo y tercero argumentos contrarios, se responde lo primero, que el llamamiento del mayor del linage, como vna delas substituciones que el testador hizo en esta disposició y postrera dellas, se a de interpretar y regular conforme a lo que el quiso en la institucion, y con la calidad que llamo al instituto, y substitutos siguientes, como queda latissimamente prouado en casi todos nuestros fundamentos, y principalmente enel primero dellos, a donde esta con grande latitud fundado, como la opinion de Abbad contra Annania, es mas comun y verdadera por las razones que alli se refirieron, a donde para satisfacion deste argumento se a de acudir. ¶ Respondese lo segundo, que el fundador en nuestro caso no quiso dexar en la duda destas opiniones su voluntad, antes expressamente por salir dellas puso al fin de su disposicion la clausula vniuersal y general con que reduxo a todos los successores deste mayoradgo a vna vniformidad respectiua, de lo que auia proueydo y ordenado en la sucession de Martin Fernandez su hijo mayor, en la qual expressamente auia llamado varones de varones, y excluydo las hembras dellos, como queda prouado enel septimo fundamento nuestro. Y assi teniendo como tenemos clara y specifica voluntad del testador y declarada y executoriada por las executorias que quedan aduertidas en el octauo fundamento: de ninguna manera puede la parte contraria hazer fuerça en las opiniones de Doctores desnudas dela voluntad del testador, presupuesto que nuestra disposicion esta vestida con la expressa voluntad suya, y executoriada para que solamente sucedan en este mayoradgo varones de varones mientras los ouiere, y despues dellos varones de hembras y nunca jamas las hembras (aunque sean hijas del vltimo posseedor) saltem stantibus masculis vtriusq; lineæ, pro vt latius in nostris fundamentis declaratum fuit, responditq; Menoch. in cælebre illo consi. 585. lib. 6. quasi per totum.

Al quatro fundamento dela. l. cum ita. §. in fideicommisso de legatis. 2. se responde, que en el caso deste texto, no llamo el testador

ſtador los ſuceſſores con alguna particular calidad, y aſsi indiſtintamente ſucedieron varones y hembras, pero en el caſo preſente, el llamamiento fue calificado de ſolos varones cõ expreſſa excluſion de hembras (ſaltem mientras los vuieſſe.) Y aſsi no ſe puede aplicar aquel texto a nueſtro caſo por la peculiar razõ de diferencia que ay del vno al otro: y lo contrario reſpondiera el iuriſconſulto, ſi en el caſo que fue conſultado el teſtador, llamara ſolamente a la ſuceſsion de ſus bienes varones, o con otra calidad particular, porque eſta es la que ſe prefiere y atiende primero delas cinco que ſe conſideran en la prelacion de vnos a otros que ſon calidad, linea, grado, ſexo, y edad (Quarum Molina diminute quatuor tantum retulit de primoge. lib. 3. cap. 4. nu. 13.)
6 porque el que tiene la calidad que el teſtador requiere en la suceſsion, el preferido a todos los demas, aunque los otros ſean mejorados en eſtas coſas, vt loquendo in ſpecie noſtri caſus (in maſculi nempe remotioribus, & alterius lineæ) late probat idẽ *Moli.* d. cap. 4. & ſeq. per totum, quia author dum. d. cap 4. num. 14. quatuor tãtum dictarum obſeruationum nempe lineam gradũ ſexum & ætatem conſiderandas eſſe cenſet, intelligendus ſane eſt, quando ſimpliciter mayoratus cõſtituytur, nulla excluſione fœminarum facta ſit, at ſi maioratus inſtitutor maſculos tantum ad eius ſucceſsionem inuitauerit, nullus dubitauit quin maſculus (etiam deterioris lineæ, & remotioris gradus) ſolum admittendus ſit, eo quod in eo qualitas illa maſcullinitatis inueniatur ſub qua ſucceſſores extant vocati, pro vt ex eodem Molina apertiſsime probatur per totam. cap. 5. lib. 3. primoge.

Al quinto fundamento contrario ſe reſpõde, que la excluſion que el fundador hizo delas hembras, no ſe reſtringio a grados, porque fue perpetua (ſaltem mientras vuieſſe varon de ſu linage) el qual quedo expreſſamente llamado y preferido en qualquier grado que ſe hallaſſe, aunque fueſſe en el milleſsimo: aſsi porque al miſmo llamamiento de varones es de ſuyo excluſiuo delas hẽbras, ſegun latiſsimamente ſe prouo al principio de nueſtro primer fundamento verſ. *la qual calidad*, como porque auiendoſe hecho eſte llamamiento de varones, para conſeruar el teſtador con ellos ſu agnacion verdadera, o ficta, en ninguna manera pueden ſuceder hembras, con las quales ſe deshaze y acaba la agnacion vti late probatum extat ſupra in noſtro. 2. fundamento. Cuius cauſa non ſolum quando maſculi fuerunt abſolutem vocati

cati, fæminæ a succesſione excluduntur, ſed etiam quando in aliquibus perſonis voluntas teſtatoris inuenitur aperta, quod agnationem voluerit conſeruare, quia tũc ad alias etiam perſonas omiſas extenditur excluſio fæminarum, & prelatio maſculorũ ob fauorem agnationis conſeruandæ ſecundum Curti. Iuni. cõſi. 75. numer. 14. Deci. conſi. 516. num. 16. & conſi. 227. num. 6. Crau. conſi. 13. num. 2. & 3. & conſi. 115. num. 7. Socin. conſi. 168. nu. 36. & ſequent. lib. 2. Pariſ. conſi. 50. nu. 54. vſq; ad finem. lib. 3. Socin. Iuni. conſi. 129. n. 35. lib. 3. Grat. reſp. 5. nu. 43. li. 2. Marza. (alios referens) conſi. 4. verſi. reſpondetur ex premiſsis Rimin. conſi. 21. num. 59. & conſi. 23. num. 200. Iacob. Bæret. conſi. 116. num. 18. & 30. cum pluribus ſequent. quæ opinio recitatis hinc inde authoribus communior videtur licet Molina contrariá ſequatur lib. 1. primog. cap. 5. num. 37. & ſequent, qui poſtea lib. 3. cap. 5. num. 51. & ſequent. diligentius examinans noſtram videtur opinionẽ amplecti, vnum tamen eſt ad pleniſsimam huius argumenti reſponſionem, que en nueſtro mayoradgo tenemos executoria litigada en eſte miſmo caſo ganada en fauor del varon que fue Franciſco de Tamayo contra la hembra y ſus decẽdientes, que fuerõ doña Ynes Alfonſo y Pedro Cabrera ſu hijo, el qual Frãciſco de Tamayo, aũque no era hermano del vltimo poſſeedor, ni tio de doña Ynes, ſino en muy mas remoto grado obtuuo contra ella y ſus deſcendientes, vt pleniſsime ſupra enarratum, & probatũ extat in noſtro vltimo fundamento: vbi late diſcuſſum fuit de preiudicio, & efectu huius rei iudicatæ aduerſus ſequentes victi & victoris ſucceſſores.

Al ſexto fundamento dela interpretacion dela palabra cõdicion ſi ſe a de reſtringir, o no, a la prohibicion de enagenacion quedo reſpondido plenamente en el ſeptimo fundamento nueſtro, preſertim, deſde el verſ. Lo ſegundo preſupongo, vſq; ad finem, ad quem in hoc erit pro pleniſsima iſtius argumenti euaſione recurrendum.

Al ſeptimo fundamẽto dela interpretaciõ de las palabras de nueſtra clauſula: ibi: *porque vaya aſsi de linea en linea*: le reſpõde, que entonces ſe a de acudir a la prelacion dela linea, quando en los pretendientes concurre ygualmenta la calidad con q̃ el fundador llamo los ſuceſſores, porque en ygual calidad ſe prefiere el que ſe halla en mejor linea: conforme a la reſolucion de Molina

na lib.3.c.4.num.13.Pero si en alguno de los pretendientes faltasse la calidad que es la primera cosa que se atiende en las succesiones, ni ay para que llegar a buscar linea, ni la mejoria della puede ser de prouecho, como quedo resuelto en la respuesta al quarto fundamento contrario, y esta probado y deduzido en el discurso de todo este tercer articulo.

¶ Al octauo y vltimo fundamento se responde que aunque Pedro Cabrera fue hijo de nieta del fundador, en cuya persona no se pudo conseruar la agnacion verdadera de su visabuelo, pero la ficta se conserua en el y en sus descendientes varones de la linea masculina mejor que en los descendientes varones de las proprias hijas del fundador: porque conforme a la mas comun y verdadera opinion, la nieta hija del hijo es mas descendiente del abuelo por la linea masculina que la propria hija del fundador, secundum Paul. in.l.maritus.numero.5.C. de procurat. Alexand.in.l.Gallus.§.nunc de lege.numero.3. ff. de liberis & posthumis. versicul. in glos. fin. ibi. sed iuxta hoc quæro, vbi Iass. nume.15. versicu. sed tu defende, Socin.numero.4. idem Alexand.consi.53.numero.9.libro.6. Beroi. consi.77.numero. 19.versi.alio modo.libro.6. Gozadin. consilio. 87. numero. 1°. Cephal.consil.403.numero.23.cum sequentibus. libr.3.Peregr. alios referens de fideicommis.articul.26.numero. 25.in princ. Albar.alijs etiam citatis de coniectu.mente. libro. 2. cap. 3.§.3. numero. fin. versicul. aduertendum tamen. á quibus omnibus ratio diferentiæ inter filiam & neptem constituitur, quam nos latius in secundo articulo. 2. partis deducemus. Y la razon porque en la succesion deste mayorazgo se prefirieron los varones descendientes de las hijas, fue por conocerlas y tenerlas mas amor el testador, nombrandolas como las nombro por sus nombres, cuya descendencia y varones acabados entro luego el dicho Pedro Cabrera como varon, en cuya persona y descendientes varones por linea masculina, se pudo conseruar y continuar mas justa y legitimamente la agnacion del fundador que en otro varon alguno, y asi con muy grande razon se repitiera en el y en los dichos sus descendientes varones la calidad de masculinidad, puesta por el fundador al primer instituto, aun quando no estuuiera tan expressa su volun-

tad por la clauſula final de ſu diſpoſicion, y otras conjecturas que quedan aduertidas en el diſcurſo deſte tercer articulo, que todas ellas ſe dirigen a la probança deſte intento, y aſsi no ay para que canſar mas a V. S. en la reſpueſta de eſtos fundamentos.



SEGVNDA PARTE.

SOBRE LA SVCCESSION DEL MAYOrazgo de Montaluo, que fundo doña Ynes Alfonso.



OBRE LA SVCCESION deste mayorazgo escriuieron largamente el Doctor Assensio Lopez, y los demas abogados del consejo quando lo defendieron en el sobre la tenuta, la qual informacion se a dado a la letra cō la que recopilo el Licenciado Diego de Ribera, q̄ los mismos abogados, y otros hizieron entōces sobre el mayorazgo de las Abolafias. Y asi en esta segunda parte trabajare de hazer lo mismo que en la primera, que es añadir algunas cosas que los Abogados del consejo estonces omittieron, fortasis, por parecerles no muy importantes para la defensa destos pleytos. Y aunque la deste segundo mayorazgo consiste en dos articulos. El vno que mira a la solemnidad y verificacion de la escriptura de institucion con que Rodrigo Mendez pretēde probarlo. El otro que concierne a la justificacion de los llamamientos del, yo solamente tratare en este papel deste segundo, porque hallo en el primero poca difficultad, y muchas y muy doctas cosas escriptas sobre el. Y porque todo el apoyo y fundamento de la justicia de las partes consiste en conocer y apear el verdadero intento y voluntad que la fundadora tuuo en la institucion deste

mayorazgo,como lo aduirtio Vlpiano in l. in conditionibus. 1.locum cum simil.ff.de condit.& demonstr. La qual voluntad siendo de persona muerta, y que no puede dar razon de si, suele ser casi siempre dificilima de interpretar. vti passim DD. in simili considerant. Aunque nuestra disposicion no tenga esta dificultad, particularmente con los apuntamientos tantos y tan doctos que los abogados del consejo hizierõ, pero para mas claridad suya añadire en forma de consideraciones lo que mas a proposito pareciere, para descubrir la voluntad clara y precissa que la fundadora tuuo de preferir en el caso presente a Rodrigo Mendez de Sotomayor visnieto suyo en esclusion de la dicha doña Maria Cabrera, aunque hija del vltimo posseedor.

¶ La primera aduertencia es, que la fundadora deste mayorazgo auiendolo instituydo antes por su testamento, en. 5. de Enero del año de.1456. y llamado a las hẽbras en el lugar que el derecho les da. Luego por Diziembre del año siguiente de. 1457. 23. meses despues, con mas deliberacion y acuerdo, auiendo para ello ganado facultad Real instituyo de los mismos bienes por contracto entre biuos segundo mayorazgo, pero con differentes llamamientos, como consta de la inspeccion y letura de ambos mayorazgos: porque en el primero llamo despues de los dias de Pedro Cabrera su hijo a su hijo varon, y a falta de hijo varon a la hija mayor, y a todos los demas descendientes del dicho Pedro Cabrera, prefiriendo mayor a menor, y varon a hembra en la forma ordinaria, como consta del dicho mayorazgo ibi. *y que despues de los dias de la vida del dicho Pedro Cabrera mi hijo, que aya y herede los dichos cortijos y tierras, y las dichas casas y guerta el su hijo varon legitimo e no legitimado que a la sazon fuere biuo, con las dichas condiciones que no lo pueda vender, ni enagenar, y si hijo varon legitimo no dexare, mando que lo aya la su hija mayor legitima que a la sazon fuere biua, e assi por estas, y con estas mismas condiciones y prohibiciones, lo ayan los descendientes del dicho mi hijo, toda via el mayor varon antes que la hembra.* Pero en el segundo mayorazgo, en llegando a llamar los descendientes de su hijo Pedro Cabrera, reformo el llamamiento in distincto q̃ auia hecho en el primer mayorazgo de varones y hembras llamando solamente al nieto y bisnieto varon, y a los demas descendientes varones de la linea masculina sin tomar en la boca ni llamar hembra alguna descendiente del dicho su nieto ma-

yor

yor, antes acabados todos los descendientes varones del hijo mayor de Pedro Cabrera, llamo al segundo hijo varon del susodicho, y a todos sus descendientes varones de la misma linea masculina, de la forma y manera que auia llamado a los descendientes del nieto mayor. Y en este segundo llamamiento tampoco llamo hembra, ni la mento ni se acordo della, y lo q̃ mas es q̃ a falta de todos los descendientes varones de la linea masculina de los hijos del dicho Pedro Cabrera, aun no llamo a las hembras descendientes destos, sino a la hija mayor del dicho Pedro Cabrera, y a sus descendientes varones, de la misma via y forma susodicha, como parece de la clausula del dicho mayorazgo segundo, que es a la letra la siguiente. *E do vos e fago vos mayorazgo de los dichos bienes en tal manera, y so tal condicion que despues de los dias de la vida de vos el dicho Pedro Cabrera mi hijo aya y herede el dicho mayorazgo e bienes susodichos, con las dichas cõdiciones e sustituciones e prohibiciones, el vuestro hijo varõ mayor q̃ sea legitimo de legitimo matrimonio nacido, e no legitimado ni prohijado, ni arrogado. Y si a la sazon de vuestro finamiento no dexaredes hijo varon mayor, tal como dicho es, e tuuieredes, e dexaredes nieto o visnieto varon hijo de vuestro hijo mayor que el tal nieto o visnieto legitimo, e de legitimo matrimonio nacido, aya y herede los dichos bienes del dicho mayorazgo, e por el dicho titulo de mayoradgo, con las condiciones prohibiciones y clausulas en esta carta contenidas, y si el tal nieto o visnieto varon hijo, o nieto del dicho vuestro hijo mayor a la sazon de vuestro finamiento no ouiere, mando, e quiero, e ordeno, que aya este dicho mayoradgo e bienes del, el otro vuestro hijo varon mayor legitimo, e de legitimo matrimonio nacido que a la sazon de vuestro finamiento fuere biuo: e que lo aya el tal vuestro nieto o hijo por la orden sobredicha, con las dichas condiciones e prohibiciones en esta carta declaradas, e si a la sazon de vuestro finamiẽto no dexaredes el tal vuestro nieto, hijo del vuestro hijo mayor legitimo varon, ni otro algun hijo vuestro varon legitimo, e de legitimo matrimonio nacido: quiero, e ordeno que aya este dicho mayoradgo, la vuestra hija mayor que a la sazon fuere biua, con las condiciones e prohibiciones de suso declaradas. E assi por esta via, e forma, e con las dichas condiciones e prohibiciones, ayan y hereden este dicho mayoradgo los vuestros hijos e descendientes por linea derecha, legitimos e de legitimo matrimonio nacidos, e no otros algunos. Toda via de la linea masculina, antes que de la femenina, o hijo mayor, o nieto, hijo de hijo mayor antes que otro alguno, por la via y forma suso declarada.* De la diuersidad con que la fundadora se vuo en estos llamamientos infiero y pondero la

voluntad enixa y deliberada que tuuo de reformarlos, particularmente el llamamiento indistincto de hembras que auia hecho en el primer mayorazgo, ordenando con mayor acuerdo y deliberacion en este segundo, que de ninguna manera succediessen, sino a falta de todos los varones de la linea masculina, porque aunque aliàs generalmente no se presuma mudança de voluntad. l. cum qui. ff. de probat. cum simil. Pero esta regla falta en aquellas cosas que expressa o tacitamente consta que quiso el testador o disponente, enmendar y reformar en el segundo acto, como singularissimamente lo dixo Scæbola poniẽdo la regla passada, y luego nuestra limitacion. in. l. alumnæ. 30. §. qui filias in fine. ff. de adimend. legatis ibi, *respondi, non à tota voluntate recessum videri, sed ab ijs tantum rebus quam reformasset,* cuya textual disposicion procede mas sin duda, quando la reformacion y acto segundo no se hizo luego incontinenti despues del primero: in quo dificilius mutata voluntas præsumitur ex. l. non adea. ff. de cond. & demonstr. Alciat. de præsump. regula. 2. præsumptione. 28. num. 1. cum seqq. Ni tampoco quando se hizo muchos años despues, in quo casu error & obliuio, potius quam deliberata voluntas præsumitur. l. quoties. §. 1. vbi Bald. & Imol. num. 5. ff. da hæred. institu. sino en caso medio entre estos dos (videlicet) auiendo passado interualo bastante para auer mirado considerado y deliberado la primera disposicion, acordandose della para reformarla en el acto segundo, como en nuestro caso hallamos la segunda disposicion, hecha veynte y tres meses y cinco dias despues de la primera en cuyo tiempo ni se presume oluido, ni poca deliberacion, sino mucho y muy maduro acuerdo en la reformacion, ex adductis á Menoch. de arbitrarijs lib. 2. casu. 26. num. 1. & seqq. isto namq; casu vbi error vel obliuio non præsumitur, siempre las palabras se presumen puestas con mas misterio, y la diuersidad dellas en ambas disposiciones arguyen diuersidad tambien de voluntad l. si idem. C. de codicillis, & notant Paul. Leo. de substitu. verb. compendiosæ num. 129. Sebastian. Medicis de definitionibus, definitione. 21. num. 16. Cosa llana es señor que si la fundadora deste mayorazgo no quisiera hazer en el diferente disposicion y llamamientos contra las hembras, que los que el derecho haze, y ella auia hecho en el primer mayorazgo, que no tenia para que alterarlos ni diuersificarlos con tan diferentes palabras como lo hizo, geminando en este segundo el llamamiento de

va-

varones tantas y tan diuersas vezes, no contentandose con hazer los llamamientos por la palabra varon, que de suyo es exclusiua de las hembras, como queda latamente probado en la primera parte deste papel fol. 16. versi. la qual calidad aunque no estuuiera &c. Pero añidio otras palabras fortissimas a cada passo, para no poner en duda su voluntad, (videlicet,) ibi, *toda via de la linea masculina antes que de la femenina*, & infra, *toda via varon antes que muger*, como en la informacion de Assensio Lopez està doctissimamente aduertido en el segundo articulo versiculo, confirmasse esta verdad, y en el tercero versiculo, esto mismo se prueba, & infra nos etiam nouiter comprobamus circa significationem prædictorum verborum. ¶ Contra esta consideracion carga toda su defensa la parte contraria, retorciendola contra nosotros de esta manera. La voluntad de la fundadora que tuuo en el testamento que fue la primera disposicion no se presume mudada en la segunda, sino en solas aquellas cosas que reformo y emendo en ella, conforme al mismo. §. qui filias ibi, *respondi non à tota voluntate &c.* y en esta segunda disposicion y mayorazgo, solamente reformo la fundadora el caso de la vulgar substitucion, quitando a la hembra la representacion de su padre o abuelo, præ mortuo in vita vltimi possessoris. Y assi la voluntad declarada en el primero testamento, en todo lo demas (videlicet) en la substitucion fideicommissaria, de que la hija del verdadero posseedor no quedasse exclusa por el varon transuersal, no se presume mudada en esta segũda disposiciõ, neq; testatricem abea recessisse, y para dar color a esta razon que pretende la parte contraria, fue la que la testadora tuuo para diuersificar los llamamientos deste segundo mayorazgo, podra hazer vn discurso algo aparente, y es dezir que en el tiempo que este segundo mayorazgo se hizo, auia quatro opiniones controuersias circa successionẽ patrui & nepotis. ¶ Prima quæ patruum nepoti præferebat exclusa repræsentatione vti post Oldrald. & alios refert Tiraq. de primog. q. 40. num. 15. Couarr. c. 38. practicarum quæstio. nume. 6. versic. nec tamen. ¶ Secunda quæ nepotem patruo præferebat, vt constat ex eod. Tiraq. ibidem num. 12. Molin. lib. 3. c. 6. num. 26. quæ opinio in successione Regni probauit l. 2. titu. 15. par. 2. & in omnium successione fuit (post hunc maioratum cõditum) idem Sancitum in l. 40. Tauri. ¶ Tertia opinio (præcedentes concordando) prætulit patruo nepotem ex filio primogenito prædefuncto,

 non

non vero neptem, quam amplectitur Afflictis.c.1.num.54.denatur à succesionis fœudi & alij relati à Tiraq.quæst.14.num. 2.& eam post dictas leges Regias defendit Peralta in rubri. de hæred.institu.num.126.¶ Quarta & vltima opinio (præcedenti contraria) concedit nepti repræsentationem aduersus patruum quam plures sequuntur à Tiraq.citati.d.q.14.num. 3.late Molin.lib.3.c.8.nu.10. Entre esta variedad de opiniones pretendera la parte contraria que la fundadora eligio la tercera cõcediendo solamente al hijo varon la representacion de la persona de su padre, para que succediesse a su abuelo en exclusion de su tio, hermano segundo de su padre, y denego la misma representacion a la nieta, prefiriendo y llamando en exclusion della a su tio, hijo segundo varon del posseedor, y que esta fue la razon de la diuersidad que tuuieron estas clausulas, y la que la fundadora tuuo en esta segunda, para alterar y reformar el llamamiento primero, infiriendo (como queda dicho) que auiendo la fundadora restringido la exclusion de la hembra a solo caso de morir su padre, antes de succeder en el mayorazgo, vt cõstat ex verbis illis. *E si a la sazon de vuestro finamiento no dexaredes hijo varon &c.* que de ninguna manera se a de estender a caso mayor y mas fuerte, como lo es a la exclusion de la succesion de su mismo padre, que como superstite de su abuelo succedio en su mayorazgo, quo in casu nullus vnquam dubitauit quim neptis patruo præferatur, vt constat ex recitatis ab eod. Tiraq. de primoge.d.quæst.14.num.7.& quæst.40.num.3. A esta cuasion de la parte contraria que es (como dixe) lo principal y mas fuerte en que apoyà su defensa, satisfizieron doctisimamente los abogados del consejo en la dicha informacion que va incorporada en el papel del Licenciado Diego de Ribera, por todo el tercero y vltimo articulo della (aunque no representandola en la figura y forma que va considerada en este papel,) y demas de lo que alli se satisfizo se le puede tambien responder lo siguiente.

¶ Lo primero que la razõ principal q̃ la fundadora tuuo para diuersificar y reformar estos llamamientos, prefiriendo solos varones en la succesion deste mayorazgo, fue por no diuidir los bienes proprios suyos, que eran el cortijo de Montaluo, y otros del cortijo y torre de Abolafia, y los demas bienes del primero mayorazgo instituydo por Iuan Martinez Alcay

de

de delos Alcaçares de Cordoua su abuelo, porque presupuesto que la dicha doña Ynes, quiso y declaro specificamente q̃ los vnos bienes y los otros anduuiessen juntos indiuisos y por partir como consta dela dicha clausula: ibi: *y que siẽpre sean juntos y no departidos ni diuididos. &c.* de ninguna manera pudo cõseruar esta vnion entre los descendientes de Pedro Cabrera su hijo (para los quales solos fundaua este mayoradgo) si no era reformando los llamamientos del primero, en que indistintamente auia llamado a todos los descendientes varones y hembras del dicho su hijo, el qual llamamiento era incompatible y contrario del que el dicho Iuan Martinez su abuelo auia hecho en el suyo, enel qual como queda prouado en la primera parte deste papel, y es cosa sin duda por la letra del dicho mayoradgo, no podiã suceder hembras aunque fuessen hijas del vltimo posseedor, sino a falta de todos los varones de la linea masculina de todos los hijos y descendientes del primero llamado. Por manera, que reconociendo la fundadora la perplexidad y contrariedad que resultaua delo dispuesto porella en los llamamientos indistintos del primero mayoradgo, por la vnion y junta delos dichos bienes, y auiendo hecho en este segundo la reformacion y diuersidad dellos para excluyr y quitar el impedimento que desto podia causar en la corriente de la sucesion y vnion dellos, no solamente la dicha reformaciõ comprehendio el caso dela vulgar, como la parte cõtraria pretende a sido dela desnuda corteza delas palabras de la clausula, pero el caso tambien dela fideicomissaria, para el qual estauan llamados solos varones enel mayoradgo del abuelo, y el qual caso era mas facil de suceder para separacion y diuision delos bienes, que no el dela vulgar a que solamente se pretende por los abogados contrarios restringir y limitar el llamamiento de varones, y en nuestra jurisprudencia assentada cosa es, que la razon dela disposicion es la que la restringe ó amplia, aunque sea a casos diferentes, iuxta tex. in. l. cum pater. §. dulcissimis vbi scribentes de leg. 2. cummulant multa Curti. Seni. & Socin. quos refert Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. nu. 8. ratio quipe dispositionis non minus disponit, quam disponere solent ipsamet, verba dispositiua. l. emptor. §. fin. vbi Bart. & Alber. ff. de reiuend. Molin. vbi supr. num. 7. referens Fortuni, & Curti. dicentes quod quamuis verba dispositiua propriẽ cassum aliquẽ non declarent, si tamen ratio dispositionis illũ

decidit,dicitur ille casus propie esse indispositione,quia ratio dispositionis est ipsamet dispositio seu potior ipsius pars & eius spiritus,& anima vt late Molina pro sequitur.d. numer. 7.cum sequentib.& alii a Roland.citati consi.6.num. 18.cum sequent.lib.4.

¶ Lo.2.nueuamente considero,que de ninguna manera parece compatible con las palabras de la clausula, que la parte contraria pondera en su fabor,el auer querido por ellas reformar la fundadora la representacion, dexandola solamente al nieto varon contra su tio,porque si para solo este efecto se pusiera la fundadora a hazer segunda disposicion,y reformar los llamamientos dela passada es muy verisimil que lo primero que reformara,fueran las mismas palabras ponderadas por la parte contraria en fauor dela dicha representacion:ibi: *que a la sazon de vuestro finamiento fuere viuo.* presupuesto q̄ por ellas solas se presume,que el testador quiso quitar in totum,la misma representacion al nieto,y darla al tio,vti Acurtius voluit & cum eo alii.32.DD.ex præstantioribus nostræ iuris prudentiæ quos sigilatim retullit Molina lib.3.cap.8.nu.fin. Quibus licet aliqui contradicant ab eodem authore ibidem relati,tamen hinc inde recitatis doctoribus,nõ difficile colligitur sententiam Acursi.communiori calculo fuisse receptam. Quinimo,basta para excluyr el effecto y causa,porque la parte contraria pretende auerse hecho esta reformacion,resultar de las dichas palabras,contra la representacion del nieto varon tanta duda y dificultad,pues obligo a vn hombre tan graue y docto como lo fue el señor Luys de Molina, a no resoluerse en ella y dexarla sin decidir,lo qual(como digo)es vrgentissima presumpcion,que si a la testadora le vuiera obligado la materia de representacion a hazer segunda disposiciõ y llamamiẽtos, desseando fayorecer los nietos varones contra sus tios en sola la questiõn entre el patruo,& nepote,que de ninguna manera dexara la misma question tan dudosa contra los mismos nietos,vsando en la segunda disposicion delas dichas palabras con que antes auia dispuesto y hablado en la primera, pues si se hiziera la vltima para declarar el testamento en fauor de los nietos varones,dandoles la dicha representaciõ, tenia obligacion de reformar primero estas palabras,como mas peligrosas y derechamente opugnantes a la dicha su voluntad, iuxt.

tex.

tex.in.l.1.§.si quis.ff.de Carbonia.edict.& in.l.manifestissimi. C.de furtis cum similibus.

¶De donde llanissimamente infiero que a la testadora no le passo por el pensamiento vsar destas palabras para el dicho effeto dela representacion a que los abogados contrarios pretenden restringirlas,ni auia para que en el dicho caso repetir tantas vezes la palabra,*varon, linea masculina*,y otras semejantes,antes creo y entiẽdo que el auer vsado destas palabras,assi en el testamento como en esta segunda disposicion de mayoradgo,fue porque la testadora,o los escriuanos de aquellos tiẽpos vsauan de semejantes palabras indistinctamente para la vulgar,y para la fideicommissaria,como se echa clarissimamẽte de ver en ambas disposiciones,en las quales no hallamos otras palabras y llamamientos en ambos casos para suceder los hijos a sus padres,sino las susodichas,pro vt in proposito perpendunt doctissimi nostri compatroni in.1.allegatione.3.art. in prin.versi.quibus tamen non obstantibus per plures columnas,quibus addo in fauorem huius interpretationis non esse contemnendam coniecturam illam a nostris vbiq; probatam nempe a consuetudine & modo aliàs loquendi,facilime præsumi interprætariq; qualis,& quæ fuerit testatoris vltima dispositio.l.si seruus pluriũ.§.fin.de leg.1.vbi notant Bart. & alii & congerit multa in proposito Mantica de cong.vltim.volũtat.lib.3.tit.9.per totam.

¶Lo.3.en confirmacion del entendimiento de la dicha clausula,y para que con euidencia se eche de ver que la reformacion que la testadora hizo en este segundo mayoradgo de los llamamientos escritos en su testamento,fue no solamente para la vulgar,pero para la fideicomissaria,y que en ambos casos pretẽdio la testadora preferir todos los varones de la linea masculina,sin que hembra alguna pudiesse suceder hasta ser acabados todos ellos,considero otra notable diferencia q̃ tienen los llamamientos deste segundo mayoradgo con los primeros del dicho testamento,la qual con grandissima facilidad descubre esta voluntad dela dicha fundadora. Y es,que auiendo en su testamento llamado para suceder por la fideicomissaria los hijos a sus padres posseedores del dicho mayoradgo indistintamente varones y hembras,solamente con la prelacion ordi-

ñaria como consta delas palabras del testamento: ibi: *y que despues de los dias de la vida del dicho Pedro Cabrera mi hijo, que aya y herede los dichos cortijos y tierras, el su hijo varon legitimo e no legitimado que a la sazon fuere biuo, y si hijo varon legitimo no dexare, mando que lo aya la su hija mayor legitima q̃ a la sazon fuere, &c* en los segundos llamamientos que hizo en este vltimo mayoradgo, llegando a hazer el mismo llamamiento de la fideicomissaria, solamente llamo en el al hijo varon mayor, sin llamar jamas para el dicho caso hembra, como consta dela clausula del dicho mayoradgo: ibi: *y so tal condicion que despues de los dias dela vida de vos el dicho Pedro Cabrera mi hijo aya y herede el dicho mayorazgo e bienes susodichos, con las dichas cõdiciones e sustituciones, e probibiciones, el vuestro hijo varõ mayor q̃ sea legitimo de legitimo matrimonio nacido, e no legitimado ni prohijado, &c.* Y luego para la missma fideicomissaria va llamando en defeto del hijo varon mayor al nieto y vizniero varon, *para que ayan y hereden los dichos bienes del dicho mayoradgo, cõ las cõdiciones y prohibiciones. &c.* Por manera, que no solamẽte excluyo las hembras por el mismo caso que mas abaxo llamo al hijo segũdo de Pedro Cabrera y a sus hijos y descendientes varones en defeto, y a falta de no auer descendientes varones del hijo mayor, del dicho Pedro Cabrera a la sazon del finamiento del suso dicho, vt constat in illa clausula ibi. *e si el tal nieto ò vizniero varon. &c.* q̃ son las que los abogados cõtrarios an restringido a la vulgar substitucion o question del patruo, & nepote. Pero en la fideicommissaria, tratando de suceder por ella el hijo al padre, assi como en el primer mayoradgo llamo al hijo varon mayor, y en su defecto a la hembra aca solamente llamo al hijo varõ, y en defeto de hijo al nieto, y luego al vizniero y a todos los varones descendientes del hijo mayor, y no se hallara en nuestra clausula que jamas llamasse a hembra alguna, sino solamente a su nieta hija del dicho Pedro Cabrera, pero esta a falta (como digo) de todos los descendientes varones delos dichos sus nietos, hijos del dicho Pedro Cabrera, de do llanissimamente queda la parte contraria conuencida de que en este mayoradgo, no solamente tuuo exclusion la hembra en caso de morir su padre sin hijos varones en vida del abuelo, vti in prima allegatione multis probatum apparet. 2. artic. versi. en el segundo llamamiento, ibi: *quibus verbis manifeste,* pero tuuo tambien la missma exclusion en la fideicommissaria para no suceder la hi

ja

ja a su padre, por el mismo caso que para la dicha substitucion y sucessión llamo la testadora, solamente hijo, nieto, o viznieto varon, dicto quipe (varon) vti supra animaduersum manet est in se feminarum exclusiua, ex notatis per nos supr. 1. part. fol. 16. pag. 2. versi. La qual calidad, & a nostris compatronis in sua allegatione istius maioratus. 2. art. versi. *en quāto al primer llamamiento.* ibi. *ex quibus verbis constat cum sequent.* & probatur expresse in. l. 1. C. de adult. ibi. *quis cum masculis iure mariti facultatē accusandi de tullisset non idem fæminis priuilegium de tullit.* cum aliis citatis a Molin lib. 3. cap. 5. num. 30. cum sequent. & num. 37.

¶ Lo. 4. considero, que la sucessiō deste mayoradgo de Montaluo no se a de juzgar y determinar por las reglas comunes y generales de los demas mayoradgos y fideicommissos perpetuos, en los quales como estamos ciertos que los fundadores dellos los quisierō hazer infinitos y perpetuos en todos los de su familia, assi decēdiētes dela linea afectiua como transuersales dela cōtentiua, suplimos muchas vezes llamamientos cōtra el rigor dela letra dela disposicion en q̄ quedarō omitidos, vti elegantissime iuris consultus docuit in. l. vnum ex famillia. §. fin. de lega. 2. ibi. *& idem princeps prouidentissimus, ac vir religiosissimus cum fidei commissi verba cessare animaduerteret, eum sermonem profidei commisso rescripsit accipiendum,* cum innumeris aliis citatis in id a Molina primog. lib. 1. cap. 4. num. 17. cum seqq. qui adendus est ad ea quæ in eod. proposito supra per nos fuerunt cummulata fol. 15. vers. *lo. 2. presupongo.* Pero enel mayoradgo presente tenemos expressa y expecifica voluntad contraria, que no solamēte no quiso la fundadora perpetuar estos bienes por de mayoradgo en su familia, pero ni aun en todos sus mismos descendientes, antes lo prohibio expressamente con palabras fortissimas, porque teniendo como tenia tres hijos vno varon y dos hembras, solo quiso que varon y algunos de sus descendiētes y no otro alguno, sucediesse por titulo de mayoradgo, y acabados estos quedassen los bienes libres, y como en tales se sucediesse de alli adelante, pro vt ex nostra clausula apertissime patet multis in locis & presertim. ibi. *y no otros algunos,* & expressius infra versi. incipienti. *E si caso fuere que vos el dicho Pedro Cabrera finaredes sin dexar hijo,* & inferius. *E si caso fuere que a la sazon de vuestro finamiento yo no fuere viua, o vos no dexaredes hijos ni nietos*

ni otro algun descendiente legitimo, y nascidos de legitimo matrimonio, y no prohijados, ni arrogados que este dicho mayoradgo aya de auer en la forma susodicha, quiero y mando y ordeno, que entonces quādo lo tal sucediere ayan los dichos bienes de suso contenidos que vos do enel dicho mayoradgo las dichas doña Guiomar y doña Costança mis hijas vuestras hermanas, y los partan ygualmente entre si, o en defeto dellas sus hijos y descendientes no por titulo de mayoradgo, por quanto estonces aura espirado, saluo como bienes comunes hereditarios de mi la dicha Doña Ynes, no subjetos a mayoradgo ni a las condiciones susodichas, e que las dichas mis hijas ò sus herederos descendientes, a quien los dichos bienes vinieren por la causa suso dicha, y perteneciere dellos auer y heredar, los ayan libres è quitos, e los puedā vender e trocar è cambiar, enagenar obligar y hazer dellos y enellos, assi como de cosa suya propria. Estando pues, ciertos que la fundadora no quiso hazer mayoradgo vniuersal y perpetuo en toda su famila (imo, ni en su descendencia) sino restringido y limitado a ciertas particulares personas el que pretendiere suceder enel, a de mostrar y probar claramēte ser vna dellas, y comprehenderse expressa y especificamente en los dichos llamamientos sin que se pueda valer de suplemento de otros, porque no puede auer esta supleccion donde falta voluntad perpetua de hazerlos, y assi en este caso, y en semejante sucession (aunque de mayoradgo) por ser temporal y restringida a personas ciertas y limitadas, es licito arguyr cō los brocardicos que aliàs en las substituciones y fideicommissos suelen traer los. DD. a cada passo, videlicet, de te non loquitur substitutio de quo per Crauet. consi. 161. num. 11. &. 16. Socin. Iuni. consi. 100. num. 36. lib. 3. Menoch. consi. 85. num. 37. itē id de quo testatrix non loquta est, velle non præsumitur Roland. consi. 56. num. 5. & sequentt. lib. 5. ac tandem in substitutionibus fideicommissariis nullam admitti sub auditionē ex eod. Crauet. d. consi. 161. num. 12. &. 15. cū aliis simil. in hoc passim adductis a doctoribus quarum plura cummulauit nouissime Franciscus personalis consi. 17. num. 17. cum sequent. lib. 1. Desta consideracion resulta claramente la exclusion de la dicha doña Maria, para la sucession presente, porque presupuesto (como quedo aduertido) que la fundadora no quiso que la sucession deste mayoradgo se perpetuasse en su familia (ni aun en toda su decendencia) sino solamēte en las personas que specificamente expresso y llamo, no hallando como no hallamos

en-

entre ellas ni en parte alguna de toda la disposicion, llamamiento de hembras descendientes delos varones hijos de Pedro Cabrera (delas quales es vna la dicha doña Maria) antes ay tacita y virtual exclusion della, assi por el llamamiento de varones y las demas palabras y consideraciones que se an ponderado, y luego se ponderaran como por el specifico llamamiento hecho de las hijas de Pedro Cabrera, a las quales solas vemos que la fundadora admitio en exclusion delas demas (aunque fuessen hijas y decendientes delos varones dela linea masculina) quarũ particularis admissio (etiam deper se) solet cæterarum exclusionẽ inducere ex.l.cum prætor cum simil.ff.de iudicis. Y finalmente hallando expressamente excluydas las hijas dela misma fundadora con ser mas amadas, secũd. Iass.consi.137.nm.32.vol.3.Moline.in cõsuetudi.Parisi.§.32.in principio sua in l.quim. in prioribus, §.fin.num.8.que tambiẽ es otra no pequeña presumpciõ para no suplir nueuo llamamiento en fauor delas mas remotas ex.l.Publius.§.1.ff.de cond.& demonst. Todo esto atento se le pueden muy justamente dezir a doña Maria los dichos Brocardicos, de te non loquta fuit dispositio. nec tua vocatio sub audiri debet, imo tanquam omissa & non vocata remanere debes, pro vt non in dissimili casu argumentantur. DD. supradicti maximeq; personalis.d.consi.17.per totum. Contra lo qual no es de consideracion si la parte contraria respondiere, que aunque no tiene specifico llamamiento en la clausula, pero que lo tiene comprehensiuo en las palabras (hijo) *y descendiente*, q̃ de suyo son generales y aptas para comprehender varones y hembras, ex Socin.in.l.Gallus.§.nunc de lege Veleya.nu.7.ff.de libe. & posth. Ripa.in.l.hæredes mei.§.cum ita num.77.ff.ad Trebel. Porque a esta respuesta se satisfaze facilissimamente. ¶Lo primero que presupuesto que la fundadora auia antes hablado discretiuamẽte de varones y hembras, la palabra, *hijos y descendientes*, que despues puso, se a de entender solas aquellas personas que quedauã calificadas por la dicha fundadora, iuxta Commensis doctrinã consi.118.num.2.quem decius sequitur consi.15.num.5.& consi.370.num.3.y en confirmacion desta verdad, se dirige casi toda la primera parte deste papel, particularmente los primeros fundamentos que por nuestra parte se apuntaron alli. ¶Lo segũdo se responde, que la misma fundadora con particularissimo cuydado preuino y deshizo esta dificultad, no poniendo absoluta-

mente

mente estas palabras hijos y descendientes, sino acompañados con vna calidad y circunstancia con que descubrio clarissima mente su voluntad, que fue que no sucediessen en estos bienes otras personas hembras o varones fuera delos que dexaua specificados, ni en otra manera, ni con otra prelacion, porque mirado con atencion toda la clausula (que es grande) en la qual le fue necessario a la fundadora nombrar infinitas vezes los descendientes de Pedro Cabrera, siempre añidio las palabras siguientes, *por esta via è forma*, y otras semejantes, vt constat ex. d clausula. ibi. *Y assi por esta via è forma ayan y hereden el dicho mayorazgo los vuestros hijos e descendientes por linea derecha, e no otros algunos. Toda via de la linea masculina, antes que dela femenina,* & statim. *por la via y forma de suso declarada.* & infra. *Esto porq̃ en tãto q̃ vos el dicho Pedro Cabrera mi hijo e los descendientes por linea derecha enla manera q̃ dicha es. &c.* & ibi. *pero en esta manera y con tal cõdiciõ os hago este dicho meyoradgo, que vuestro hijo, ni nieto, ni otro alguno de vuestros descendientes, assi dela linea masculina como dela femenina, a quien viniere y perteneciere este dicho mayoradgo, por la via suso dicha.* &. ibi. *gane el pariente mas propinquo descendiente, o ascendiente por linea derecha, que a la sazon fuere, toda via varon antes que muger, con las prohibiciones y condiciones de suso contenidas,* & infra, *è gozedes dellos vos el dicho mi hijo ò vuestros descendientes por la via è forma suso dicha,* & inferius, haziendo los bienes libres para la dicha fundadora quedãdo viua, en caso que el dicho su hijo muriera sin descendientes, vso tambien de las proprias palabras, dando a entẽder, que aunque aquel caso no queria q̃ sucediessen otros descendientes del dicho su hijo, sino solos aquellos a quien se auia restringido y limitado, vt patet, ibi. *Y si caso fuere que vos el dicho Pedro Cabrera mi hijo, finaredes sin dexar hijo. o nieto, ni hija ni ningun otro descendiente legitimo, que este dicho mayoradgo ayan de auer y heredar segun las condiciones por mi de suso dichas,* y finalmente haziendo la misma substitucion en fauor de sus hijas, para el dicho caso de dexar los bienes libres, aun no se oluido delas dichas palabras restrictiuas como parece del ver. fin. dela clausula. ibi. *E si caso fuere que a la sazon de vuestro finamiento yo no fuere biua: o vos no dexaredes hijos ni nietos, ni otro algun descendiente legitimo, que este dicho mayoradgo aya de auer en la forma suso dicha &c.* Por manera (que como digo) vso siempre la fundadora destas palabras repetitiuas y restrictiuas, dela forma orden y per

sona

sona que al principio auia llamado todas las vezes que vso de aquellas collectiuas, *hijos o descendientes*, para no dexar en ningũ lugar dela clausula su voluntad en duda, sino declarar lo mejor que de derecho pudo que los descendientes de quien hablaua auiá de ser delos calificados por ella al principio dela dicha clausula, verba quippe illa, *en la forma susodicha, dichas condiciones*, & similia quæ animaduersa manent, sunt limitatiua & restrictiua ad formam casus & personas supra enumeratas iuxta text.in.l. item quæritur.§.item Iulianus.ibi.*vt supra diximus*.ff.locati Ossascus decissio.Pedamonte.23.num.39.eleganter Alex.consi.52 num.22.lib.4.Molin.lib.3.cap.5.num.65.& ego) vltra præfatos) plures alios congessi in.1.part.huius alegationis fol.23 plana.2. versi.la.2.razon.

¶Lo.5.considero aquellas palabras notables y fortissimas de la clausula tantas vezes repetidas por la fundadora, videlicet, *toda via dela linea masculina, antes que dela femenina*, en las quales ay dos cosas memorables que allaná grandemente nuestra pretensió.¶La primera es el aduerbio, *toda via*, que en latin corresponde alos aduerbios, *semper, aduc, vel omnimodo, seu omni via*, los quales hazen precisa y necessaria la disposicion, de tal manera que siempre y en todo caso q̃ sucediere se a de guardar la forma y orden que dio el que dispone glos.in.l.si cum exceptione.§.si quis vbi bonus tex.ver.omnimodo.ff.quod metus causa, & in l.vbi auté.§.vltimo.ff.de verbor.oblig.optime Bald.in.l.si quis argumentum.§.fin.circa medium.C.de donat.Tiraq. latæ in.l. si vnquam glos.rebertatur num.73.optime Alfonsus Hoged.de benefi.incompatibi part.2.cap.1.nu.4.Phanu.de inuen hæred. part.7.num.29.Y asi en qualquier acontecimiento y caso que concurran a la sucesion deste mayoradgo varon y hẽbra, o persona dela linea masculina con la dela femenina, se a de preferir precisamente el varon dela dicha linea masculina, en qualquiera casa y grado que este, sin dispensar en ello en fauor de ningũna hembra o persona otra dela linea femenina por mas preuilegiada y faborecida que sea, porque el aduerbio toda via habet vim decreti irritantis & tollit omnem facultatem dispensandi teste Anch.in clemeti.1.super glo.ver.nullatenus &, ibi, Immola.versi.& ex hoc constat de sequæst.posse.& fruct quos Tiraq. sequitur d.num.73.¶Las otras palabras y mas fuertes son las siguien-

guientes,ibi.*dela linea masculina antes que dela femenina*. Para cuyo entendimiento es necessario presuponer,lo primero,quod licet in iure nostro tres lineæ considerentur(si licet)ascendentium,descendentium, & collateralium , vt in.l.1.& in.l. Schemata.ff.de gradibus.l.2.tit.6.part.4. vel secundum alios duarum tantum fiat consideratio , efectiue (scilicet) & contentiue,vt per Socin.in.l.Gallus.§.nunc de lege nu.3.ff.delib.& post. cum aliis citatis a Simon de præt.de interpret. vltim. volunt. lib.3.dubi.1.solu.11,num.41.pagi.mihi.152.Hondedeus.consi.4 num.22. & passim. DD. verum strictius lineam considerando, duæ aliæ lineæ constitui possunt,vna(videlicet)substantiæ,altera qualitatis,vti Bald.subtiliter considerat consi.334. nu.10. lib.3.ibi.*cum se retullit ad lineam substantiæ nonqualitatis*,linea substantiæ omnes sanguine coniunctos indistincte comprehēdit, tam ex linea efectiua,quam contentiua,quia est propiæ collectio plurium personarum ab eodem stipite decendentium, q̃ esta es la dinicion mas propia y comun desta linea,secūd. Tiraquel.post Ioanem Andream,& alios de retractu lib.1.§.1. gl. 9.in prin.capi.deciss.159.num.5.& probatur in.l.2.tit.6.part.4. linea vera qualitatis,illos tantum in se continet,qui sunt eiusdem qualitatis,cuius fuit principium seu primus illius pūctus Ala manera delas lineas matematica,ò geometricas,coloradas verdes o azules,delas quales no basta ser el primer punto colorado,azul,o verde,para que la linea se diga de aquella color si no se requiere que toda ella lo sea desde el primer punto hasta el postrero.Destas pues lineas substantiæ,& qualitatis,sigue la linea masculina la naturaleza y propriedad de la segunda,que es dela linea qualitatis,porque a los que en ella se comprehenden no les basta decendir de varon,sino que lo sean ellos tambien.Nam vt doctissime Gozadi.inquit,cum quis vult succedere tanquam sit de linea masculina, necessario duo requiruntur,primum quod descendat ex masculis per lineam masculinam,secūdum quod & ipse etiam masculus sit,Gozad. in quā consi.87.nu.15.quem sequntur Mantica Alcia.Menech . Vgo de Celso,Socin.Iuni.Curti.Iunior. y otros infinitos que refiere Antonio Pereg.de fideicomm.art.26.num.29.versi. *circa vero secundum casum*,quo loco & numeris præcedentibus,& sequ. materiam istam copiosissima pertractauit,nec nō & Menoch. consi.205.per totuinqui presertim num.29.eandem conclusio

men

nem post Gozad.prouauit.& in materia nostra mayoratus saltem instituti causa agnationis conseruandæ,idem probat nulla istorum facta mentione de primog.lib.3.cap.5.nu.69. Neq; obstat secundum Menoch. Peregr. & alios quod fæmina ex masculo,dicatur decendere a linea masculina,ex quo a masculo nata est.Quia respondit non ex eo quod descēdat a linea masculina,sequitur quod cōtineatur in ipsa linea,non & enim cōtinetur sed est finis lineæ masculinæ,exclusiue,tamē nō autem inclusiue,vti variis in locis Menoch.respondet post innumeros quos refert.d.consi.205.num.28.&.35.37.& sequent. id pluribus medis comprobans.

¶Lo segundo,presupongo que la fundadora en nuestro caso instituyēdo este mayoradgo en Pedro Cabrera su hijo, y en solos los descendientes del,diuidio la sucesion entre ellos, en dos lineas,la primera masculina,y esta la saco de sus nietos varones,hijos del dicho Pedro Cabrera. La segunda fue femenina,la qual saco de sus nietas,hijas asi mesmo del dicho su hijo teniendo en esto muy juridica consideracion,y fue que instituyendose el mayoradgo en el dicho Pedro Cabrera, las dos lineas no podian començar del sino de sus hijos: vti eleganter animaduertid,& docet Ruin.consi.98.verf.sed præmissis lib. 1.Socin.Iuni.consi.69.num.30.lib.3.apertius,Celsus Hugus consi.120.num.4.prope finem Hierony.Gabr.consi.90.numer.33. Menoch.apertisime qui eos citat.d.consi.205.nu.19. entre las personas pues comprehendidas en estas dos lineas diuidio (como digo)la fundadora la sucesion deste mayoradgo:mandando expressamente que solamente corriesse por ellos y no por otros algunos:pero de tal manera,que siempre se prefiriesse la linea masculina,y que nunca entrasse la femenina sino a falta de essotra,que fue virtualmente lo mismo que llamar y preferir todos los varones y puntos dela linea masculina,antes que los comprehendidos en la femenina,porque en esta materia de lineas,es cosa assentada en nuestra jurisprudencia,que asi como en la mathematica la linea no se puede perficionar ni merece este significado y propriedad,si tuuiesse solamēte vn punto,porque se requiere,segūdo,tercero,y vlteriores,a todos los quales juntos llamamos linea,vt doctisime docet:Anton.Rosel.de success. ab intesta. num.41.& sequent.Asi tambien la linea

nea masculina en nuestro proposito, no se haze y persiciona de vn solo varon sino de muchos juntos, los quales todos (como queda prouado en el presupuesto passado) appellatione lineæ, vienen y se comprehenden, y mas sin duda como Menoch. dili gentissimamente considera. d. consi. 205. num. 30. lib. 3. quando testator accepit lineam masculinam pro ipsis met masculis, ex Ruin. consi. 149. num. 11. lib. 2. vti in casu nostro euenit, pro vt colligitur. ex verbis præcedentibus, & seqq. præsertim. ibi. *toda via varon antes que muger*, quo loco instituto significauit eosdē voluisse vocare, per verba, *linea masculina*, quod per illam dictio nem, *varon*, & eosdem per lineam femeninam, quod per dictio nem, *muger*, quia easdem personas his verbis promiscue inuitauit, vti ex literæ contextura planissimum est.

¶ Con estos dos presupuestos, se haze notoria sin duda la pretension de don Rodrigo contra la dicha doña Maria en virtud delas dichas palabras, *toda via dela linea masculina antes que de la feminina*, porque comprehendiendose el dicho don Rodrigo en la linea masculina delos hijos de Pedro Cabrera, y siendo vno delos puntos principales della, y no lo sien do ni pudiendo serla dicha doña Maria, a quien por ser hembra falto la calidad de masculinidad, y estando preferida en esta sucessión la dicha linea masculina, y todos los varones della antes que puedan entrar los de la feminina, de ninguna suerte, aunque la dicha Doña Maria se comprehendiera en esta segunda, que no haze (como luego se dira) no pudiera suceder estando de por medio el dicho don Rodrigo su tio, por dos conclusiones que en esta materia de fideicommissos y substituciones son las reglas principales y capitales della. La primera es quia nunquam peruenitur ad sequētes gradus substitutionis, nisi in defectu personarū cō tentarum in prioribus. l. potest quis. ff. de vulga. l. cum in testamento in prin. ff. de heredi. institu. l quam diu. 68. de acquiréd. hæredi. l. vnica. §. in primo. C. de cad. tollen. l. 1. tit. 15 par. 6. optimus tex. in. l. heredis mei. §. fin. ff. ad Trebel. & in. l. cum pater. §. a te peto & in. l. peto. §. fratre deleg 2. late Mantica de conie. vltim. volunta. lib. 6. tit. 13. num. 11. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 13. & 19. ¶ Secunda conclusio est quia secundum doctrinam Bart. communiter aprobata in. l. cum auus, num. 4. ff. de cond. & demonst. vbi Socin. nu. 76. communem profitetur & alii plures

quos

quos refert Molina lib.3.c.5.num.31. si in substitutione seu vocatione liberorum adijciatur aliqua qualitas, liberi quibus ille qualitas deficit non faciunt defficere conditionem, neq; excludunt substitutum, quia ex qualitate personarum regulatur prælatio & earum ante positio. His regulis attentis cum præfatus Rodericus ex personis sit vocatis in primo gradu, nempe, lineæ masculinæ in eoq; qualitas masculinitatis reperiatur, cōsequens est, ipsum præferendum esse anteponendumq; sæpe d. D. Mariæ, quæ & si de liberis vocatorum sit, non tamen de illis qualificatis qui vocati fuerunt ob prærrogatiuam sexus masculini. Quinimo no solamente la dicha doña Maria no es capaz de succeder en este mayorazgo auiendo varon del primer grado y linea masculina (como lo es el dicho don Rodrigo,) pero ni tampoco pudiera succeder en el como descendiente y comprehendida en el segundo grado y linea feminina (deficientibus omnibus compræhensis in linea masculina,) porq̄ assi como la fundadora llamo a solos los descendientes varones de la linea masculina de sus nietos, sin admitir otros varones descendientes dellos, assi tambien quiso que succediessen los descendientes de la linea feminina de solas sus nietas hijas del dicho Pedro Cabrera, sin admitir otras hembras aunq̄ fuessen descendientes de sus nietos, y finalmente aunque fuessen sus mismas hijas o descendientes dellas, con ser mas amadas de la fundadora como queda probado en su lugar, & aduertunt in specie Ruin. Cozad. Cephal. & post eos Menoch. d. consi. 205. num. 32. y el caso y llamamiento especial de las nietas de quiē quiso sacar la linea feminina, no solamente non est trahendus ad consequentiam aliarum fœminarum, vt in. l. ius singulare. ff. de legibus. c. in Genesi de lectionibus Bald. in. l. labeo. §. sed et ff. de pactis. Pero del resulta y se infiere que quiso la fundadora hazer disposicion y derecho contrario en todos los demas. l. cum ita. ff. de condit. & demonstr. & in. l. cum prætor. ff. de iudicijs cum similib.

¶ Tandem lo sexto y vltimo considero en confirmacion de lo que queda dicho por el varon, y en exclusion de la hembra, y es, que aunq̄ regulariter en las disposiciones hechas por mugeres, nunca se presume exclusion de hembras por la afeccion que verisimilmente se entiende q̄ tienen a su sexo, vt post alios tradit Burg. de Paz in prohemio legum Tauri num. 131. Molin.

lib.3.c.5.num.73.conclusione.16. Pero esto cessa en nuestro caso por las razones siguientes. ¶ La primera porque lo contrario esta expressamente dispuesto por nuestra fundadora, por todas las razones que hasta aqui se an traydo y estan consideradas por el Doctor Asensio Lopez, y los demas abogados del cõsejo. ¶ La segunda razon es, porque de la misma disposicion resulta mas vrgente y fuerte presumpcion, de lo mucho que la fundadora amo mas a los varones, y de la poca afeccion que tuuo a su sexo, lo vno por no auer querido q̃ succediessen en este mayorazgo sus proprias hijas, con tener (como tenian) en su fauor la presumpcion de predileccion, como mas propinquas y conocidas, lo otro por la geminacion y repeticion que tantas vezes hizo de los varones y linea masculina, para preferirlos y anteponerlos a las hembras, tanquam procedentes ex genere nobiliore, & præstantiore, ut in.l.1. ff. de senat. & in.l.fi.ff. de fide instrum. & scribit Philosophus lib.1.politi.c.1. Y teniendo como tenemos contra las hembras, tan fuerte y vrgente presumpcion, està como mas especial vence y excluye a la general que queda ponderada por la parte contraria, ex notatis à Menoch. de arbitrarijs lib.2.casu.472.num.14. & de præsump. lib.1.q.29.nume.7.& quasi per totum, & libr. 6. præsump.64. num.46.

¶ Lo tercero y vltimo se responde que estonces se presumen las mugeres tener afeccion a las demas de su sexo quando no an hecho disposicion primera en fauor dellas, secus autem, si ay como aqui la vuo, por el testamento que precedio a este mayorazgo, en el qual la fundadora hizo llamamiento ordinario en fauor de las hembras, prefiriẽdolas a los varones mas remotos (aunque fuessen de la linea masculina) y haziendo (como despues hizo) segunda disposicion, se presume que como animal inconstante y mudable, aborrecio lo que antes auia amado y preferido, y que para este effecto de mudança y variedades de voluntad, hizo la segunda disposicion excluyẽdo las hembras y prefiriendoles todos los varones de la linea masculina, iuxta notata per Deci.consi.163.num.26. quem cum alijs sequtus est Tiraq. de legibus connubial.l.9.nu.98. & confert celebris text. in.l.filia in orbitate.C.de inoffic.testam.ibi, *nec ex momentaneis voluntatibus matris*, vbi DD. notant & in.c.viduis el.2.27.q.1. ibi *sexus fragilis atq; instabilis*, cum alijs pluribus cummulatis per eund. Menoch.lib.6.præsump.37.nu.42.cum seqq. de quo vni-

co

co verbo conquæstus est, Tellius in.l.22.Tauri num. 6. ibi. *post hæc vero mater ex propria volũtate à prima dispositione discessit, ne aliena videretur à conditione sexus in constantia naturali &c.* & ne plusquam oporteat fæminæ quæ nos lactarunt osendãtur, nostraq; iuris allegatio amplius oneretur, plurima in ea omitto dicenda, ne prolixioris chartæ dispendium feram.

SOBRE LOS FRVTOS.

HOC vnum indubitatum pro felice complemento huius allegationis omittere non potui, vt parti morem gererem, (nempe) fructus horum bonorum in iuditio isto petitorio venire, non obstanti quod præfata D. Maria in possessorio obtinuerit, ad ipsosq; restituendos condemnandam fore seqq.

¶ Primo quia omnis possessor (non dominus) quouis titulo & bona fide munitus, officitur malæ fidei á litis contestatione vt notatur in.l.certum.C.de reiuendicat.cum similibus Abb. & cæteri in.c.grauis de restitut.spoliat.& est vtroq; iure notissima conclusio. Adeo quod apud omnes est regula cõsumatissima ob hanc malam fidem, & in eius odium fructus venire á lite contestata, cosq; reus ex illa die perceptos & percipiendos restituere actori vero domino teneri, & si ab eo iudicialiter non petãtur, quia veniunt iudicis offitio, saltem mercenario.l.ædiles.§.idem sciendum.ff.de ædili.edic.Abb.d.c.grauis nu.19.Felin.in.c.interdilectos de fide instru.late Ponta. de spol.c. 2.nu. 25.& seqq.at cum casus noster ab ista regula non inueniatur exceptus, regulæ necessario standum est, vt notatur per glo. in.l. omnis diffinitio.ff.de regu.iur.late Alex.consi.79.num.5.lib.7. Tiraq.de retract.proximitatis.§.1.glo.9.nu.209. Deci. in. l.1.ff. de reg.iur.nu.6.vbi plura in confirmationem adducit.

¶ Secundo quia possessor cum titulo reuocabili fructus perceptos reuocato titu.restituit, vti plura congerens Tiraq.resoluit in.l.si vnquam.C.de reuocand.donat.verbo, reuertatur nu. 278.Matien.in.l.7.titu.10.lib.5.recop.glo.3.nu.13.versi. *verum respondere potest*, sed possessor virtute sententiæ latæ in possessorio, non perpetuo titulo, sed reuocabili posidet, cum extra dubium sit sententiam in petitorio latam possessoriũ (etiam iudicatum) absoruere.c.cum dilectus de caus.posses.& propr. cũ simil.ergo nostro in casu cum præfata d.Maria titulo reuocabili posideat, necessario virtute sententiæ latæ in petitorio restituere

tuere tenetur omnes fructus perceptos,saltem á lite cõtestata.

¶ Tertio & vltimo, ne amplius progradiamur per regulas generales,more pauperum aduocatorum,vt verbis vtar Felini in.c.1.num.6.infine de præscript. qui nos aduocatos docet per speciales decisiones semper respondere,secundum Filosophũ quem Aretin.refert.consi.13.in prin.versi.circa primum cum aliis in id relatis a Crauet.de antiquitate temporum.3.par.sub num.17.Parisi.consi.47.num.39.lib.3.late Nebis.in Silua nuptiali lib.5.limit.8.num.72.Cephal.consi.316.nu.87.& seq. libr. 3.ac deniq, Lancel.in consuetu.Alexandriæ in præfactione.8. num.11.ideo consilium istorum doctorum sequendo ad particulares decisiones accedam.Dicõ igitur, nostram opinionem apertisime tenuisse Rofred.in libello.tit.de offit.iudiciis quo petuntur fructus a possessore, & .tit.de actione infactum quæ contra illos datur qui posident,& fructus percipiunt,quem retullit speculator.tit·de fructibus & interesse.§.1.num.10.infine versi.*vbi etiam nota de illo qui missus est in possesionem ex aliqua causa vtru faciat fructus suos*,vbi Bald(speculatoris aditionator)seu quis ille fuit late materiam discutit litera.F.versi.sed pone,eandem etiam assertionem firmauit.glos.fin.in.c. significauerunt de testibus,& ibi Abb.& Felin.vterq, nu.6.&.7.doctisime Rota Romana in nouis decis.405.incipien.si quis in causa beneficiali quam sequitur addit.Abb.in.c.grauis. nu. 2.litera.A.de restitu.spoli.idem Abb.in.c.cum super num.7.versi.*sed ponendo veritatem*,de causa possesionis,& proprietatis,optime Boer. deciss.340.nu.fin.ac deniq, Pontanus qui tantum Rotam & Felin.retulit in tracta.de spoli.lib.4.cap.1.num.39. versi. verum post petitorii iuditium.Et quia(vt prædixi)articulus iste circa indubitabilia versatur,non est quid in eo amplius immoremur,sed supra dicta omnia(tam in principali quam in istis accessoris scripta)dignisimæ domini iudicantis correctionis submitimus,& iuxta ea iudicari non immerito speramus Granatæ 15.die Mensis Nouẽbris.Anno Incarnationis Dominicæ.1602.

LAVS DEO.